Ueber das

pactum de non distrahendo pignore.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

bei der Juristen-Fakultät

der

Eberhard-Carls-Universität zu Tübingen

eingereicht von

ALFRED WALTHER

Referendar beim Königlichen Landgericht in Erfurt.

Erfurt, 1896.

Ohlenroth'sche Buchdruckerei.

MEINEN ELTERN

ALS

ZEICHEN DANKBARER LIEBE UND VEREHRUNG

GEWIDMET.

Schriften, auf welche in nachstehender Abhandlung bezug genommen wird.

Bachofen. Das römische Pfandrecht. 1847.

Bachovius, Reinh. Tractatus de pignoribus et hypothecis. Francofurti et Rostochii. MDCLVI.

Balduinus, Franc. Commentarius de pignoribus et hypothecis. Basileae MDLVII.

Bergerus, Jo. Henric. De jure distrahendi pignoris, enthalten als disputatio I in dessen: dissertationes juris selectae. Lipsiae. MDCCVII.

Bremer. Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. 1867.

Büchel. Civilrechtliche Erörterungen. Band I. Zweite Auflage. 1847.

Cannegieterus, Herm. Observationum juris Romani libri quattuor. Lugduni Batavorum. MDCCLXXII.

Cujacius, Jac. Jacobi Cujacii Opera.
Lugduni, sumptibus Joannis Pillehotte. MDCXIV.
1. Commentar. in tit. Cod. de distract. pign., enthalten in tom. III.
2. Commentar. in lib. III respons. Papin., enthalten in tom. IV.

Dernburg. 1. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1860/64. — 2. Pandekten. 4. Aufl. 1894.

Donellus, Hugo. Hugonis Donelli Opera Omnia.
Lucae, typis Joannis Riccomini.
1. Tractatus de pignoribus et hypothecis, enthalten in tom. VI. MDCCLXIV.
2. Comment. in Cod. lib. VIII
ad tit. XXVIII de distract. pignor.
ad tit. XXXV de pact. pign. et lege commissoria
enthalten in tom. IX. MDCCLXVI.
3. Commentar. ad tit. Dig. de verborum obligatione, enthalten in tom. XI. MDCCLXVII.

Exner. Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht. 1873.

Faber, Anton. 1. De erroribus pragmaticis tom. II. Lugduni. MDCLVIII.
2. Conjecturar. jur. civ. libri XX. Coloniae Allobrogum. MDCXV.

Fitting. Die Summa Codicis des Irnerius, herausgegeben v. Hermann Fitting. 1894.

Fritz. Erläuterungen, Band I. 1834.

Glück. Erklärung der Pandekten, Band XIX. 1817.

Kohler. Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Lenel. Palingenesia juris civilis. 1889.

Mudaeus, Gabr. Tractatus de pignoribus et hypothecis, enthalten im: Corpus select. tract. de pignoribus et hypothecis. Francofurti. MDLXXXVI.

Müller. Civilistische Abhandlungen.

Negusantius, Ant. Tractatus de pignoribus et hypothecis. Coloniae Agrippinae. MDCVII.

Pinellus, Arius. Ad rub. et l. II C. de rescind. vendit. commentarii. Francofurti. MDCXI.

Puchta. Veräusserung gegen Vertrag. Bemerkungen zu l. 7 § 2 D. de distr. pign, enthalten in der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft," Band XII.

Puntschart. Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel. Leipzig 1893.

Regelsberger. Pandekten, Band I. 1893.

Rygerbos, Franc. Observationum juris Romani fasciculus. Amstelaedami MDCCXLIII.

Sintenis. Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836.

Thibaut. System des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1834.

von Vangerow. Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl. 1851

Vinnius, Arnoldus. In quatuor libros Institutionum imperial. commentar. Lugduni. MDCCLXXVII.

Wendt. Lehrbuch der Pandekten. 1888.

Westphal. Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte. 2. Aufl. 1791.

Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. 1891.

Zimmern. Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht, enthalten in der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozess." Band I. Giessen 1828.

Disposition.

Cap. I. Einleitung.

Cap. II—V. Ausführung.

Ueber das pactum de non distrahendo pignore.

Cap. II. Die herrschende Lehre und ihre Begründung.

Cap. III. Kritische Prüfung der herrschenden Lehre.

I. Prüfung derjenigen Quellenstellen, auf welche die herrschende Lehre unmittelbar gegründet worden ist.

a. Die l. 4 D. de pign. act.

1. Welche Gründe sprechen gegen die Richtigkeit der herrschenden Auslegung?
2. Wie sind die Worte „nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit“ zu verstehen?
3. Welches ist die richtige Auslegung der l. l. 4 und 5 D. de pigneraticia actione?
4. Die Gegner der herrschenden Auslegung der l. 4 D. de pigneraticia actione.

b. Die l. 7 § 2 D. de distr. pign.

II. Prüfung der Lehre, dass das Verkaufsrecht des Gläubigers dem Pfandrecht wesentlich sei.

Cap. IV. Quellenmässiger Beweis der Gültigkeit des pactum de non distrahendo.

Cap. V. Beantwortung verschiedener anknüpfender Fragen.

Cap. VI. Schluss.

Ueber das

pactum de non distrahendo pignore.

Cap. I.

Einleitung.

Wen hat es nicht wunder genommen, als er zum ersten Male von jener absonderlichen Rechtswirkung vernahm, welche das pactum ne creditori liceat pignus distrahere oder, wie man es kürzer nennt, das pactum de non distrahendo pignore der herrschenden Lehre zufolge erzeugt? Fast allgemein lehrt man, dass der Pfandgläubiger, wenn er einen solchen Vertrag eingegangen sei, den Schuldner vor dem Pfandverkauf dreimal unter Androhung desselben zur Zahlung mahnen müsse, während sonst eine einzige derartige Mahnung genüge, wenn nicht etwa ein besonderes pactum de distrahendo die Frage nach Erfordernis und Zahl der Denuntiationen anderweit regele. Noch mehr als diese Lehre selbst setzt uns die Fülle der Meinungsverschiedenheiten in Erstaunen, die im Lager der Anhänger dieser Lehre über deren Einzelheiten herrschen.

So sind die Ansichten über die Frage, innerhalb welchen Zeitraumes die drei Mahnungen zu erfolgen haben, sehr geteilt. Donellus hat in Hinblick auf l. 21 § 1 D. de pecunia constituta (13,5) und l. l. 68, 69 D. de judiciis (5,1) die Ansicht aufgestellt, dass zwischen je zwei aufeinander folgenden Mahnungen sowie zwischen der dritten und dem Verkaufstermin eine Frist von mindestens zehn Tagen liegen müsse.*) Bachovius meint, die drei Mahnungen müssten innerhalb eines Zeitraumes ergehen, welcher der den Verurteilten gewährten Exekutionsfrist**) gleichkäme, da der Pfandverkauf eine

*) Donellus. Tractat. de pignor. et hypoth., cap. X n. 4 S. 918, 919. „Ego probabiliter dici posse existimo, ita ter esse denuntiandum, ut per intervallum denuntietur non minus quam decem dierum atque ita post triginta demum dies creditori pignus vendere liceat".

**) Nach Bergerus beträgt dieselbe 15 Tage. Vergl. Bergerus, de jure distrahendi pignoris, s. I cap. IV num. II: „quindecim judicatis datum".

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552309_0135

Schriften, auf welche in nachstehender Abhandlung bezug genommen wird.

Bachofen. Das römische Pfandrecht. 1847.

Bachovius, Reinh. Tractatus de pignoribus et hypothecis. Francofurti et Rostochii. MDCLVI.

Balduinus, Franc. Commentarius de pignoribus et hypothecis. Basileae MDLVII.

Bergerus, Jo. Henric. De jure distrahendi pignoris, enthalten als disputatio I in dessen: dissertationes juris selectae. Lipsiae. MDCCVII.

Bremer. Das Pfandrecht und die Pfandobjekte. 1867.

Büchel. Civilrechtliche Erörterungen. Band I. Zweite Auflage. 1847.

Cannegieterus, Herm. Observationum juris Romani libri quattuor. Lugduni Batavorum. MDCCLXXII.

Cujacius, Jac. Jacobi Cujacii Opera.
Lugduni, sumptibus Joannis Pillehotte. MDCXIV.
1. Commentar. in tit. Cod. de distract. pign., enthalten in tom. III.
2. Commentar. in lib. III respons. Papin., enthalten in tom. IV.

Dernburg. 1. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1860/64. — 2. Pandekten. 4. Aufl. 1894.

Donellus, Hugo. Hugonis Donelli Opera Omnia.
Lucae, typis Joannis Riccomini.
1. Tractatus de pignoribus et hypothecis, enthalten in tom. VI. MDCCLXIV.
2. Comment. in Cod. lib. VIII
ad tit. XXVIII de distract. pignor.
ad tit. XXXV de pact. pign. et lege commissoria
enthalten in tom. IX. MDCCLXVI.
3. Commentar. ad tit. Dig. de verborum obligatione, enthalten in tom. XI. MDCCLXVII.

Exner. Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht. 1873.

Faber, Anton. 1. De erroribus pragmaticis tom. II. Lugduni. MDCLVIII.
2. Conjecturar. jur. civ. libri XX. Coloniae Allobrogum. MDCXV.

Fitting. Die Summa Codicis des Irnerius, herausgegeben v. Hermann Fitting. 1894.

Fritz. Erläuterungen, Band I. 1834.

Glück. Erklärung der Pandekten, Band XIX. 1817.

Kohler. Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Lenel. Palingenesia juris civilis. 1889.

Mudaeus, Gabr. Tractatus de pignoribus et hypothecis, enthalten im: Corpus select. tract. de pignoribus et hypothecis. Francofurti. MDLXXXVI.

Müller. Civilistische Abhandlungen.

Negusantius, Ant. Tractatus de pignoribus et hypothecis. Coloniae Agrippinae. MDCVII.

Pinellus, Arius. Ad rub. et l. II C. de rescind. vendit. commentarii. Francofurti. MDCXI.

Puchta. Veräusserung gegen Vertrag. Bemerkungen zu l. 7 § 2 D. de distr. pign., enthalten in der „Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft," Band XII.

Puntschart. Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel. Leipzig 1893.

Regelsberger. Pandekten, Band I. 1893.

Rygerbos, Franc. Observationum juris Romani fasciculus. Amstelaedami MDCCXLIII.

Sintenis. Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836.

Thibaut. System des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1834.

von Vangerow. Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl. 1851

Vinnius, Arnoldus. In quatuor libros Institutionum imperial. commentar. Lugduni. MDCCLXXVII.

Wendt. Lehrbuch der Pandekten. 1888.

Westphal. Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrechte. 2. Aufl. 1791.

Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. 1891.

Zimmern. Beiträge zur Lehre vom Pfandrecht, enthalten in der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozess." Band I. Giessen 1828.

Disposition.

Cap. I. Einleitung.

Cap. II—V. Ausführung.

Ueber das pactum de non distrahendo pignore.

Cap. II. Die herrschende Lehre und ihre Begründung.

Cap. III. Kritische Prüfung der herrschenden Lehre.

I. Prüfung derjenigen Quellenstellen, auf welche die herrschende Lehre unmittelbar gegründet worden ist.

a. Die l. 4 D. de pign. act.

1. Welche Gründe sprechen gegen die Richtigkeit der herrschenden Auslegung?
2. Wie sind die Worte „nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit“ zu verstehen?
3. Welches ist die richtige Auslegung der l. l. 4 und 5 D. de pigneraticia actione?
4. Die Gegner der herrschenden Auslegung der l. 4 D. de pigneraticia actione.

b. Die l. 7 § 2 D. de distr. pign.

II. Prüfung der Lehre, dass das Verkaufsrecht des Gläubigers dem Pfandrecht wesentlich sei.

Cap. IV. Quellenmässiger Beweis der Gültigkeit des pactum de non distrahendo.

Cap. V. Beantwortung verschiedener anknüpfender Fragen.

Cap. VI. Schluss.

Ueber das

pactum de non distrahendo pignore.

Cap. I.

Einleitung.

Wen hat es nicht wunder genommen, als er zum ersten Male von jener absonderlichen Rechtswirkung vernahm, welche das pactum ne creditori liceat pignus distrahere oder, wie man es kürzer nennt, das pactum de non distrahendo pignore der herrschenden Lehre zufolge erzeugt? Fast allgemein lehrt man, dass der Pfandgläubiger, wenn er einen solchen Vertrag eingegangen sei, den Schuldner vor dem Pfandverkauf dreimal unter Androhung desselben zur Zahlung mahnen müsse, während sonst eine einzige derartige Mahnung genüge, wenn nicht etwa ein besonderes pactum de distrahendo die Frage nach Erfordernis und Zahl der Denuntiationen anderweit regele. Noch mehr als diese Lehre selbst setzt uns die Fülle der Meinungsverschiedenheiten in Erstaunen, die im Lager der Anhänger dieser Lehre über deren Einzelheiten herrschen.

So sind die Ansichten über die Frage, innerhalb welchen Zeitraumes die drei Mahnungen zu erfolgen haben, sehr geteilt. Donellus hat in Hinblick auf l. 21 § 1 D. de pecunia constituta (13,5) und l. l. 68, 69 D. de judiciis (5,1) die Ansicht aufgestellt, dass zwischen je zwei aufeinander folgenden Mahnungen sowie zwischen der dritten und dem Verkaufstermin eine Frist von mindestens zehn Tagen liegen müsse.*) Bachovius meint, die drei Mahnungen müssten innerhalb eines Zeitraumes ergehen, welcher der den Verurteilten gewährten Exekutionsfrist**) gleichkäme, da der Pfandverkauf eine

*) Donellus. Tractat. de pignor. et hypoth., cap. X n. 4 S. 918, 919. „Ego probabiliter dici posse existimo, ita ter esse denuntiandum, ut per intervallum denuntietur non minus quam decem dierum atque ita post triginta demum dies creditori pignus vendere liceat".

**) Nach Bergerus beträgt dieselbe 15 Tage. Vergl. Bergerus, de jure distrahendi pignoris, s. I cap. IV num. II: „quindecim judicatis datum".

Art Zwangsvollstreckung sei.*) Andere wiederum hielten eine Frist von drei Tagen zwischen den einzelnen Denuntiationen für angemessen,**) noch andere meinten, und deren Ansicht scheint in älterer Zeit die herrschende gewesen zu sein, dass eine Zwischenzeit von einem einzigen Tage genüge.†) Neben diesen Ansichten, welche eine festbestimmte Mindestfrist gewahrt wissen wollten, bestand, wie wir aus der Glosse zu l. 4 D. de pigner. actione (13,7) erkennen können, eine andere, die in dem Erfordern dreimaliger Mahnung lediglich eine Formvorschrift erblickte. Ihre Anhänger meinten, der Schuldner müsse feierlich gemahnt werden: „Zahle, zahle, zahle!“ Endlich ist noch eine Ansicht zu erwähnen und zwar ist es diejenige, welche namentlich unter den Neueren viele Anhänger zählt. Diese Ansicht geht dahin, dass die Grösse des Zeitraumes zwischen den einzelnen Mahnungen nach den Umständen des einzelnen Falles zu bestimmen sei.††) Einen weiteren Hauptstreitpunkt innerhalb der herrschenden Lehre vom pactum de non distrahendo bildet die Frage, ob die von Justinian eingeführte Wartefrist von zwei Jahren schon nach der ersten Denuntiation oder erst nach der dritten zu laufen beginne. Für die erstere Ansicht haben sich unter anderen ausge-

---

*) Bachovius, tract. de pign. pp. lib. III cap. XXIII n. 4 S. 248 „Probabilius quis dixerit tres denuntiationes fieri debere intra illud tempus, quod datur judicatis, siquidem venditio pignorum habet quandam speciem executionis“.

**) Vergl. Bachovius und Bergerus a. a. O. O.

Bachovius: „... sed intercedere aliquod intervallum, quod ... alii trium ... dierum statuunt“.

Bergerus: „... interventu intervalli, quod ... alii tridui ... statuunt“.

†) Vgl. Donellus, tract. de pign. pp. cap. X n. 4.: „Et plerique omnes probant inter unam quamque [denuntiationem] unum diem intercedere debere ....“

Vgl. ferner Negusantius, tract. de pign. et hypoth. p. VI. m. I n. 4: „... et gloss. et Bart. in d. l. si convenerit tenet, quod saltem debeat intermitti spatium unius diei inter unam denuntiationem et aliam.“

Vgl. schliesslich noch Bachovius und Bergerus a. a. O. O.

††) Vgl. Cujacius, comment. ad tit. Cod. de distr. pign. a. a. O. Bd. III S. 1118;
Negusantius, tract. de pign. et hypoth. p. VI m. I n. 5 S. 513, 514;
Vinnius, comment. in IV lib. Institut. B. I S. 296. (zu § 1 J. quib. alien. licet);
Fritz, Erläuterungen, Bd. I S. 467;
von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl. Bd. I § 379. S. 979;
Glück, Erklär. der Pandekt. Bd. XIX S. 386;
Müller, civil. Abhandlungen Nr. 4 S. 107;
Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 510.

Neuerdings ist auch Dernburg dieser Ansicht (Pandekten, 4. Aufl. Bd. I S. 689 Anm. 5), der früher Donell's Ansicht teilte (Das Pfandrecht pp. Bd. I S. 89 und 90).

sprochen: von Vangerow, Fritz, Sintenis und Dernburg, für letztere Donellus, Negusantius, Zimmern und Thibaut.*)

Die herrschende Lehre vom pactum de non distrahendo hat ausser diesen beiden die Einzelheiten ihrer selbst angehenden Streitfragen noch weitere involvirt. Ich glaube jedoch dieselben unerwähnt lassen zu dürfen, das Bestehen allein der beiden erwähnten reicht hin, um die Frage berechtigt erscheinen zu lassen: Wie kommt es, dass Justinian in den so umfangreichen Bänden seines Institutionenlehrbuches und seiner Gesetzessammlungen auch nicht den leisesten Wink gegeben hat, den man sich bei der Entscheidung jener Streitpunkte zunutze machen könnte?

Die Aufgabe nachstehender Abhandlung soll es sein, den Schleier zu lüften, sie wird zeigen, dass die herrschende Lehre irrig ist, und nachweisen, dass das pactum ne liceat creditori pignus distrahere nach römischem Rechte gültig ist.

Cap. II.

Die herrschende Lehre und ihre Begründung.

„Dem vertragsmässigen Ausschlusse des Pfandverkaufs versagt das Recht die gewollte Wirkung. Ein derartiges Verbot verpflichtet den Gläubiger nur zu dreimaliger Mahnung, ehe er zum Verkaufe schreitet", lautet die herrschende Lehre, in die Worte Dernburg's**) gefasst, des eifrigsten Verfechters derselben unter den neueren Juristen. Eine einzige Stelle im Corpus juris civilis bildet die quellenmässige Unterlage dieser Lehre. Es ist dies die l. 4 D. de pign. act. (13,7), welche wie folgt lautet:

Ulpianus, libro XXXXI ad Sabinum.

Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere, si modo non

*) Vgl. von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl. Band I S. 979 (§ 379);
Fritz, Erläuterungen, Bd. I S. 468;
Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts S. 510;
Dernburg, das Pfandrecht pp. Bd. II S. 142;
Donellus, tractat. de pign. et hypoth. c. X n. 4 a. a. O. S. 918;
Negusantius, tract. de pign. et hypoth. p. VI m. I n. 4. S. 514;
Zimmern, in der „Zeitschrift für Civilrecht und Prozess." Band I S. 52;
Thibaut, System des Pandektenrechts, 7. Aufl. Bd. I § 237 Ziff. 1 d S. 718.

**) Pandekten, Bd. I § 280.

convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit.

Ausser dieser Gesetzesstelle ist hier noch einer anderen Erwähnung zu thun, die zwar nicht davon handelt, dass eine dreimalige Mahnung erforderlich ist, um das pactum de non distrahendo pignore wirkungslos zu machen, wie man dies aus der eben citirten Stelle herausgelesen hat, die aber nach Ansicht einzelner immerhin geeignet ist, die herrschende Lehre zu unterstützen. In l. 7 § 2 D. de distr. pign. et hypoth. (20,5) wird von Marcian folgender Fall entschieden:

Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam. Quaeritur, si pactum sit a *creditore*, ne liceat *debitori* hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit. et certum est nullam esse *venditionem*, ut *pactioni* stetur.

Man wird verwundert fragen, inwiefern diese Stelle die in Rede stehende Lehre zu unterstützen imstande sei. In dieser uns überlieferten Form ist sie es gewiss nicht. Darüber besteht kein Streit. Allein schon in älterer Zeit haben sich Stimmen erhoben, die den überlieferten Text für verderbt erklärten. Diese Stimmen sind auch in neuerer und neuster Zeit nicht verstummt, und gar mannigfach sind die Verbesserungsversuche, die man geglaubt hat an dem überlieferten Text vornehmen zu müssen. Von all diesen interessiren uns hier lediglich diejenigen, welche Texte schaffen, die nach Ansicht ihrer Urheber geeignet sind, die herrschende Lehre vom pactum de non distrahendo pignore zu unterstützen. Es sind dies die Emendationen Faber's, Westphal's und Puchta's.

Antonius Faber will für „debitori" debitoris gelesen wissen, während Westphal an die Stelle von „debitori" creditori setzt. Faber und ihm folgend Westphal erklären den Schlusssatz „ut pactioni stetur" für einen den Sinn des Fragmentes entstellenden Zusatz Tribonian's. Sie ignoriren diese Schlussworte vollständig und verstehen unser Fragment dahin, dass um deswillen der Verkauf nichtig sei, weil der Gläubiger die in l. 4 D. de pign. act. (13,7) geforderten drei Denuntiationen unterlassen habe.*) Puchta setzt an die Stelle von

*) Die Behauptung Westphal's (Versuch einer systemat. Erklär. pp. 2. Aufl. S. 301), auch Faber habe „ne liceat creditori" gelesen wissen wollen, ist unrichtig. Man vergl. Faber, de error. pragmat. Band II decad. LXXXVII err. II und III (S. 516). In err. II erklärt Faber „.... verborum ordine hoc solum immutes, ut pro „„debitori"" legas „„debitoris."" Er führt sodann aus, worauf es nach seiner Meinung zurückzuführen sei, dass unsere

„creditore“ debitore und an die Stelle von „debitori“ creditori, aus „venditionem, ut pactioni stetur“ gewinnt er durch Umstellung: pactionem, ut venditioni stetur. Auf diese Weise gelangt Puchta zu einem Text, welcher besagt, dass das pactum de non distrahendo pignore null und nichtig sei.

Schon in früher Zeit empfand man, dass das Quellenmaterial für die in Rede stehende Lehre etwas kärglich war, man suchte deshalb nach weiteren Rechtfertigungsgründen und fand einen solchen in der utilitas publica. Man meinte, wenn dem Gläubiger durch Vertrag die Verkaufsbefugnis entzogen werden könnte, so liege hierin die Gefahr, dass der Schuldner, welcher gewillt sei, nur unter Abschluss eines pactum de non distrahendo zu verpfänden, überhaupt niemand finden würde, der ihm borge. Hierin aber erblickte man einen das öffentliche Wohl gefährdenden Uebelstand. Diese Lehre, welche sich bereits in der Accursischen Glosse vertreten findet*) und auch von einem Manne wie Negusantius wiederholt wurde,**) erfreute sich trotz ihrer Unklarheit bis zu Donell's Zeiten allgemeiner Beliebtheit.†)

Eine andere Theorie ist die von Arius Pinellus. Dieser erblickt in dem Rechtssatze, dass der Gläubiger nach dreimaliger Mahnung solle verkaufen dürfen, auch wenn verabredet worden sei, das Pfand solle nicht verkauft werden, eine feinsinnige Interpretation dieses

---

Handschriften „debitori“ läsen. Er meint: „Nam et verisimile et priscos illos Librarios et Scriptores, quibus solemne erat omnia quam paucioribus fieri posset litteris perscribere, his litteris contentos fuisse „ „debit.“ “ aut „ „debitor.“ “, ex quibus perinde possis legere debitoris atque debitori et contra: indeque mendum hoc fluxisse“. In err. III betont Faber nochmals, dass „debitoris“ zu lesen sei: „Scripsit itaque Marcianus: „ „ne liceat“ “ supple creditori „ „debitoris hypothecam vendere vel pignus.“ “ Nam et pignus et hypotheca debitoris est et in bonis ipsius non in bonis creditoris.“

*) Die Glossa Accursiana zu l. 4 D de pigner. actione (13,7) führt aus: „non potest sibi creditor per pactum praejudicare ... propter publicam utilitatem, nam, cum sibi nullam afferret utilitatem habere pignus, eveniret saepissime, ut creditores mutua denegarent.“

**) Tractat. de pign. et hypoth. S. 513:

„Tertio praemitte, quod conventio facta inter creditorem et debitorem, quod creditor non possit vendere pignus de jure, non valet: quia est contra publicam utilitatem, nam si creditor non posset vendere pignus de jure, non reperiretur qui vellet mutuare indigentibus.“

†) Donellus, tractat. de pign. et hypoth. cap. X n. V (Seite 919): „An eo fieri dicemus, quod haec pactio contra publicam utilitatem est, quia non facile alioqui creditores reperientur, qui pecuniam velint credere, ubi pignus illis distrahere non licebit? Nam hoc plerisque placet.

Nebenvertrages, die dem wahren Willen der Paciscenten gerecht werde.*) In richtiger Erkenntnis dessen, dass eine derartige Interpretation des Vertrages aus dem wahren Willen der Paciscenten heraus nicht immer angängig sein möchte, will Pinellus dieselbe auf die pacta non ex toto clara beschränkt wissen.

Andere wiederum interpretiren den Parteienwillen in der Weise, dass sie sagen: Wenn der Gläubiger sich dem Schuldner gegenüber verpflichtet, das Pfand nicht zu verkaufen, so ist einem solchen Vertrage stillschweigend die Bedingung hinzugefügt: sofern der Schuldner nach gehöriger Mahnung zahlt. Diese Ansicht findet sich bei Balduinus**) und Mudaeus†) ausgesprochen.

Heute finden wir in den Lehrbüchern nichts mehr von den genannten Theorieen. Die beiden letztgenannten scheinen überhaupt keinen oder doch nur geringen Anklang gefunden zu haben, und was die erste anbetrifft, so sind ihr selbst aus den Reihen der Anhänger der herrschenden Lehre Gegner erwachsen. So erklärt Donellus die Ansicht, dass das pactum de non distrahendo gegen die utilitas publica verstosse, für eine ratio inepta, er zeigt, dass diese Ansicht weder dann gerechtfertigt sei, wenn jener Vertrag nach Abschluss des Pfandvertrages eingegangen worden, noch dann, wenn dies in continenti geschehen sei.††) Sehr treffend sind auch die

*) Pinellus, ad rub. et l. II C. de rescind. vendit. comment. (Seite 287 flg.): „Non enim dixit l. c. [sc. l. 4 D. de pign. act. 13,7] id pactum non valere, immo ei grandem effectum tribuit, ut debitore non solvente adhuc creditor vendere nequeat, sed trina denuntiatio spectetur. In illo igitur pacto, ne pignus venderetur, prudentissimo temperamento intellegit l. c. aliquid dandum verbis contrahentium, aliquid etiam creditori, ne ob beneficium nimis gravetur. Verbis pactionis datur is effectus, ne ante trinam denunciationem vendere liceat; rationi vero et utilitati creditoris, ut saltem post tot denunciationes evidentemque cessationem debitoris vendere possit .... in ea specie agitur tantum de quaestione et interpretatione voluntatis, non de potestate ..... valet enim [sc. pactum] et interpretatur eo modo, de quo in dict. l.

**) S. comment. de pign. et hypoth. cap. XVIII (Seite 104).

„Immo vero etsi expressim convenisset, ne creditor pignus venderet, tamen subest tacita veluti conditio: si debitor interpellatus solvat .... Et profecto nulla prope utilitas pignoris esset, si creditor semper id servare debitori teneretur, nec unquam distrahere, ut debitum consequeretur, posset. Quid igitur? Etsi tale pactum intervenerit, tamen Ulpianus pignus vendi posse significat, si ter interpellatus debitor in mora sit. l. 4 § ulti. De pign. act. Quo etiam loco, cum dixisset creditorem furti obligari, si vendat, cum convenit ne venderet, addit hanc conditionem atque exceptionem: nisi debitori ter fuerit denunciatum."

†) S. tract. de pign. et hypoth., cap. de pact. pign. n. 7, enthalten im Corpus select. tract. de pign. et hypoth. Francofurti MDLXXXVI (S. 291.)

„..... cum etiamsi nihil convenisset, vendi tamen posset; immo etiamsi convenisset, ne vendere liceat: inest enim tacita conditio, si solvatur."

††) Donellus, tract. de pign. pp. S. 919, 920.

Ausführungen von Bachovius, welcher darauf hinweist, dass kein Grund vorliegt, dem Gläubiger durch Rechtssatz eine Befugnis zuzusprechen, deren er sich, ohne irgendwie dazu genöthigt zu sein, aus freien Stücken begeben hat.*)

Während jene drei Theorieen aufgegeben wurden, fand eine vierte umsomehr Beifall. Es ist dies die schon von Cujacius und Donellus vertretene Lehre, dass das Verkaufsrecht zum Wesen des Pfandrechts gehöre. Cujacius ist, wie vorausgeschickt werden muss, der Ansicht, dass auch im Falle eines pignus simpliciter contractum, d. h. des Abschlusses eines Pfandvertrages ohne Verkaufs-, aber auch ohne Verkaufsverbots-Klausel, dreimalige Mahnung dem Verkaufe vorausgehen müsse.**) Er erblickt deshalb in der Vorschrift, dass dem Pfandverkauf im Falle eines pact. de non distr. pign. eine dreimalige Mahnung vorausgehen müsse, keine Wirkung dieses Vertrages, sondern erklärt, das pact. de non distr. pign. entbehre jedweden Rechtsschutzes, weil es dem Wesen des Pfandrechts schnurstracks zuwiderlaufe.†) Anders sein Zeitgenosse Donellus. Dieser ist der Ansicht, dass im Falle eines pignus simpliciter conventum eine einmalige Mahnung genüge, ihm erscheint das Erfordernis dreimaliger Mahnung als die rechtliche Wirkung des pactum de non distrahendo. Donellus geht davon aus, dass begrifflich in der Verpfändung die Einräumung der Verkaufsbefugnis enthalten sei. Hieraus folgert er, dass ein innerer Widerspruch vorliege, wenn bei Abschluss eines Pfandvertrages jene Befugnis ausgeschlossen worden sei. Einen solchen Widerspruch, meint er, könnten die Parteien nicht gewollt haben, man müsse deshalb annehmen, die Kontrahenten hätten nur eine Hinauszögerung des Verkaufs, nicht dessen gänzlichen Ausschluss beabsichtigt. Dieser wahren Geschäftsabsicht der Kontrahenten aber werde Rechnung getragen, indem vorgeschrieben werde, der Gläubiger solle erst nach dreimaliger Mahnung verkaufen dürfen. Somit stelle sich dieser Rechtssatz lediglich als ein Ausfluss des allgemeinen Grundsatzes dar, dass bei Konsensualkontrakten

*) Bachovius, tract. de pign. pp. lib. III cap. XXII n. 1 S. 241: „Sed illa ratio valeret in debitore, qui indigens pecunia quidvis saepe cogitur pacisci. Sed cum creditor libere det pecuniam, et, ut det, orari soleat, haec ratio nulla est, cum creditor libera voluntate ita paciscatur."

**) Vgl. Cujacius, comment. in tit. Cod. De distr. pign., Operum tom. III pag. 1118: „debitore ter denuntiato, ut pignus reluat et repignoret, si velit, cum pignus simpliciter contractum est, vel ea lege, ne distraheretur."

†) Vgl. Cujacius a. a. O. „Nam ea lex sive pactio, ne pignus distrahatur, est contra naturam pignoris. nam pignus non est pignus, et inutile est pignus et futile, nisi quandoque distrahi possit. Ea igitur lex, cum omnino sit contra naturam pignoris, non omnino tuenda est."

der Geschäftswille der Kontrahenten massgebend sei, nicht die gebrauchten Worte.*) An einer anderen Stelle erklärt Donellus, auch das nach Abschluss des Pfandvertrages eingegangene pactum de non distrahendo dürfe nicht so ausgelegt werden, als solle das Pfand überhaupt nicht verkauft werden.**) Hieraus geht hervor, dass Donellus für diesen zweiten Fall die gleiche Vertragsinterpretation in Anwendung gebracht wissen will, wie für den ersten. Donellus stützt seine Ansicht von der Untrennbarkeit des Verkaufsrechtes vom Pfandrecht auf l. 1 C. de pact. pignor. (8,34 [35]) und l. 3 § 2 D. qui pot. in pign. (20,4), indem er ausführt:

> „Indicat hoc Alexander Imperator in L. I C. de pact. pign. qui, cum proponeretur debitor pactus esse, nisi intra certum tempus pecuniam solveret, cessurum se creditoribus hypothecarum venditionem, rescripsit eum, qui id fecisset, non contraxisse: sed id comprehendisse pacto, quod creditor in pignore adipiscendo *suo jure* esset habiturus. Innuunt *hoc jus vi sua pignori esse adjunctum*, et consequens *nec a pignore*, quamdiu nomen suum retineat, *posse separari*. Adeoque pignus in hoc datur, ut distrahere liceat, si opus est, ut cum debitor creditori suo forte permisisset rem aliquam distrahere, si pecuniam non solvisset, responderit Papinianus, ea conventione pignus contractum videri: L. 3 § ulti. qui po. in pig. hab., quasi hoc proprium pignoris esset, ut eo concesso, quod solius pignoris proprium est, pignus datum intelligeremus.“ †)

Den von Donell citirten Belegstellen hat Balduinus noch drei weitere hinzugefügt, nämlich die

---

*) Vgl. Donellus, tract. de pign. pp. S. 920: „Ego eum, qui pignus dedit, hoc ipso quod pignoris loco rem esse voluit, simul etiam convenisse dico, ut distrahere liceret. Neque aliter pignus esse intelligo. Nam cui bono rem alioqui apud se otiosam tenere, si distrahere non licebit, ut ad jus suum creditor perveniat? .... Cum igitur pignore dato convenit, ne creditori distrahere liceret, ex eo, quod praecessit, apparet, non id actum esse, ne omnino liceret, alioqui pignus pignus non erit, sed ut ne liceret statim, aut post unam atque alteram frustrationem debitoris, aliquando tamen liceret. Semper autem .... in rebus omnibus, quae consensu contrahuntur, non quod dictum sed quod actum fuit sequendum est.“

**) Vgl. comm. in Cod. ad tit. XXVIII lib. VIII de distr. pign., Omnia Opera Bd. IX S. 1170: „Ergo cum ita convenit a principio, ut rem distrahere liceret, non debemus neque possumus posteriorem conventionem sic interpretari, quasi omnino pignus distrahere non liceat; alioqui id ageretur, ut pignus non esset pignus, quod est absurdum.“

†) Vgl. Donellus, tract. de pign. pp. S. 920.

l. 7 § 1 D. de rebus eor. (27,9),
l. 10 D. de distr. pign. (20,5),
l. 59 § 4 D. mandati (17,1).

Er führt aus: „Locus nunc postulat, ut de distract. pign. videamus. Nam et hoc praecipuum jus est hypothecarii creditoris, et cum rem pignori obligatam vendit, dicitur *jus summ exsequi*: l. 7 § 1 De reb. eor., et *jure creditoris legeque pignoris vendere*, cum ita vendit: l. 10 De distr. pign., l. 59 § creditor Mand....., ex pacto rei distrahendae colligit [Papinianus] ..... rem pignori obligatam esse: l. 3 § ult. Qui pot. in pign.“*)

Neben Balduinus sind aus älterer Zeit insbesondere Antonius Faber, Bachovius und Bergerus als Vertreter der in Rede stehenden Lehre zu nennen.**) Was die neueren Juristen angeht, so bilden die Anhänger jener Lehre im Verhältnis zu deren Gegnern weitaus die Majorität. Besonders warm hat sich Dernburg ihrer angenommen in seinem Werke über das römische Pfandrecht. Dernburg lehrt, das Recht des Pfandverkaufs sei ein wesentlicher Bestandteil des ausgebildeten Pfandrechts. Er meint, dies sei der Grund, weshalb die römischen Juristen von der Ausübung des jus distrahendi gesagt hätten, der Gläubiger handele „aus eigenem Rechte“ und „im eigenen Interesse.“ Er beruft sich hierbei auf

l. 42 D. de pign. actione (13,7),
l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de rebus eor. (27,9) und
l. 13 D. de distr pign. (20,5).

In der ersteren Stelle sind es die Worte „in venditione .... *suum* creditor *negotium* facit“, in der letztgenannten die Worte „creditor, qui *jure suo* pignus distrahit“, welche nach seiner Ansicht jene Lehre rechtfertigen, in l. 5 § 3 und l. 7 § 1 D. de reb. eor. findet er den Satz ausgesprochen, „dass die Gläubiger, indem sie debitoris fundum vendunt, doch *jus suum* exsequuntur.“†) Auf Seite 87 des ersten Bandes seines Werkes über das römische Pfandrecht erklärt Dernburg sogar: „das Verkaufsrecht wurde ..... als etwas dem Ver-

*) Vgl Balduinus, comment. de pign. et hypoth. cap. XVIII (S. 104).

**) Faber, conjectur. jur. civ. lib. IX cap. 6 (S. 725).
Bachovius, tractat. de pign. et hypoth. lib. III cap. XXII n. 1 (S. 241).
„Ratio vera sumitur a fine pignoris, cui pactum istud repugnat, et finis iste cum constituat essentiam pignoris, valere id pactum non potest.“
Bergerus, de jure distr. pign. cap. I n. III (S. 6).
„. . . . hujus modi conventio pignoris fini, qui est crediti securitas et sic essentiae, quam ille conficit, contraria videtur.“

†) Vgl. Pandekten, Bd. I § 280, 4. Aufl. S. 689 und d. Pfandrecht pp. Bd. II S. 112.

tragspfand *von selbst Innewohnendes*, als etwas *Notwendiges* angesehen". Bei dieser Behauptung stützt er sich auf l. 9 pr. D. de distr. pign. et hypothec. (20,5), indem er auf die in ihr enthaltenen Worte hinweist: „venditio *ex necessitate* facta".

Cap. III.

Kritische Prüfung der herrschenden Lehre.

I.

Prüfung derjenigen Quellenstellen, auf welche die herrschende Lehre unmittelbar gegründet worden ist.

a.

Die l. 4 D. de pigneraticia actione.

1.

Welche Gründe sprechen gegen die Richtigkeit der herrschenden Auslegung?

Haben wir so das Fundament kennen gelernt, auf welchem die herrschende Lehre aufgebaut ist, so gehen wir nunmehr dazu über, dasselbe auf seine Haltbarkeit zu prüfen.

Zunächst ist es die l. 4 D. de pign. actione (13,7), deren von der herrschenden Lehre gegebene Auslegung einer kritischen Prüfung zu unterziehen ist. Wie wir bereits wissen, wird jenes Fragment dahin verstanden, dass es bestimme, das pactum ne creditori liceat pignus distrahere werde durch dreimalige Mahnung entkräftet. Diese Interpretation ist irrig.

Gegen dieselbe sprechen zunächst zwei sprachliche Bedenken. Erstens hätte sich Ulpian in einem Atem widersprochen, denn zunächst hätte er erklärt: „Der Pfandgläubiger darf verkaufen, sofern nur nicht verabredet ist, dass er nicht solle verkaufen dürfen", sodann hätte er diese Erklärung sofort widerrufen, indem er hinzugefügt hätte: „doch darf er selbst in diesem Falle verkaufen, nur muss er dann statt einmal dreimal mahnen." Das zweite sprachliche Bedenken ist dies, dass der Hauptgedanke des ganzen Fragments, der Rechtssatz, dass selbst ein ausdrückliches pactum de non distrahendo dem Pfandgläubiger das Verkaufsrecht nicht zu entziehen vermöge, von Ulpianus in einem nachschleppenden Nebensatze vorgetragen worden wäre.

Ein sachliches Bedenken ist zunächst folgendes. Es ist doch eine höchst merkwürdige Wirkung, welche die dreimalige Mahnung

erzielt. Sie soll von dem Versprechen, das Pfand nicht verkaufen zu wollen, vollständig entbinden. Man kann sich diesen Rechtssatz noch erklären, wenn der Schuldner dreimaliger Mahnung ungeachtet in Stillschweigen verharrt, ohne zu zahlen. Man könnte dann konstruiren: Nach dreimaliger Mahnung wird auf Grund der Passivität des Schuldners, die er gegenüber der Androhung des Pfandverkaufs an den Tag legt, die stillschweigende Einwilligung des Schuldners in den Verkauf angenommen. Aber was dann, wenn der Schuldner nicht stillschweigt, wenn er energisch gegen den Verkauf protestirt und sich auf sein pactum ne veneat beruft? Wie ist dann juristisch zu konstruiren?

Ferner muss uns der schroffe Gegensatz, den jener Rechtssatz zwischen dem Falle schafft, dass der Gläubiger dreimal gemahnt hat, und den Fällen, dass er nur zweimal oder nur einmal gemahnt hat, mit Misstrauen gegen die herrschende Interpretation erfüllen. In dem ersten Falle verliert diesem Rechtssatz zufolge das pactum de non distrahendo alle Kraft, der Verkauf ist gültig, und der Gläubiger erhält aus dem Kaufpreise die Befriedigung für seine Forderung; in den beiden letzten Fällen hingegen ist die Verkaufsverbotsklausel vollwirksam, das Zuwiderhandeln gegen dieselbe zieht die Nichtigkeit des Verkaufes und obendrein die Brandmarkung des Gläubigers zum Diebe nach sich. Fragt man sich, was es ausmacht, ob der Schuldner dreimal oder nur zweimal bezw. einmal gemahnt wird, so lautet die Antwort: Der Schuldner gewinnt durch das Erfordernis dreifacher Mahnung noch eine Spanne Zeit zur Beitreibung von Zahlungsmitteln. Dieser Grund rechtfertigt die Bestimmung, dass der vor dreimaliger Mahnung erfolgte Verkauf nichtig ist, dagegen sucht man vergeblich nach einem Grund, der die Brandmarkung des Gläubigers zum Diebe verständlich macht. Ein solcher Grund läge nur dann vor, wenn der Gläubiger zum Verkaufe geschritten wäre, ohne dem Schuldner überhaupt etwas von seiner Verkaufsabsicht mitgeteilt zu haben.

Die herkömmliche Interpretation führt ferner notwendig zur Annahme einer höchst auffälligen Meinungsverschiedenheit zwischen zwei gleichbedeutenden Juristen desselben Zeitalters, nämlich zwischen Paulus und Ulpianus. Paulus erklärt:

> „Creditor, si simpliciter pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.“ *)

*) sentent. recept. lib. II tit. 5 § 1.

Aus dieser Stelle geht hervor, dass Paulus eine dreimalige Mahnung schon für den Fall des pignus simpliciter conventum*) forderte, d. h. für den Fall, für welchen der herkömmlichen Auslegung der l. 4 D. de pign. act. zufolge nach Ulpians Ansicht eine einmalige Mahnung genügt. Es läge sonach zunächst eine Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Paulus hinsichtlich der Zahl der Mahnungen beim pignus simpliciter conventum vor, allein da vom Standpunkt des Paulus aus in der dreimaligen Mahnung, die Ulpian beim Vorliegen eines pactum de non distrahendo pignore fordert, keine besondere Wirkung dieser Vertragsklausel erblickt werden kann, man aber auch nicht berechtigt ist, anzunehmen, dass Paulus für den Fall des Vorliegens eines pactum de non distr. pign. dem Gläubiger die gleiche Stellung gegeben wissen wollte, wie für den Fall eines pignus simpliciter conventum, so wird man zu der ferneren Annahme gedrängt, dass Paulus, abweichend von Ulpian, das pact. de non distr. pign. für rechtswirksam ansah. Dernburg gesteht dies auch offen zu. Er führt aus, Paulus habe nach älterer Ansicht im Nichthinzufügen eines pactum de vendendo ein stillschweigendes Versprechen der Restitution der Sache selbst und damit den Ausschluss des Verkaufsrechtes erblickt; Ulpian dagegen habe die neuere Rechtsanschauung vertreten. Die Auffassung Ulpian's und der Praxis habe ihre Bestätigung durch ein Rescript Gordian's erhalten, der sich in folgender Weise auslasse:

„si creditor non reluctante lege contractus ..... distraxit, revocari venditionen iniquum est."
l. 7. C. de distr. pign. 8,27 (28).

Diese Ansicht, meint Dernburg, sei in das Justinianische Recht übergegangen, der Ausspruch des Paulus hingegen sei nicht in die Sammlung Justinian's aufgenommen worden.**) Späterhin werden wir zeigen, dass in Wirklichkeit keine Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Paulus in den fraglichen Punkten bestanden hat, hier mag nur gezeigt werden, dass Dernburg die l. 7 cit. vollständig missversteht, wenn er meint, dass sie die von ihm dem Ulpian zugeschriebene Auffassung bestätige. Betrachten wir uns diese Konstitution etwas näher! Sie lautet:

Gordianus A. Caro.
Si cessante solutione creditor non reluctante lege contractus ea quae pignori sibi nexa erant distraxit, revocari vendi-

*) Pfandvertrag ohne pactum de distrahendo.
**) Vgl. Dernburg, das Pfandrecht pp. Bd. I S. 91.

tionem iniquum est, cum, si quid in ea re frandulenter fecerit, non emtor a te, sed creditor conveniendus sit.

Diese Stelle enthält meiner Ansicht nach gerade das Gegenteil von dem, was Dernburg in ihr ausgesprochen findet. Dernburg versteht ganz offenbar die Worte „non reluctante lege contractus“ dahin, dass sie besagen: „da keine Vertragsklausel daran — nämlich an der venditio — hindern kann.“ Diese Uebersetzung dürfte nicht richtig sein. Es muss m. E. vielmehr heissen: „sofern nicht eine Vertragsverabredung am Verkaufe hindert.“ Hindert nämlich eine Vertragsverabredung daran, dann ist der Verkauf nichtig, dann hat der Pfandschuldner die Eigentumsklage gegen den Käufer; liegt dagegen keine den Verkauf verbietende Klausel vor, so wäre es, selbst wenn der Gläubiger beim Verkaufe fraudulenter gehandelt hätte, unbillig, — nämlich dem Käufer gegenüber (nicht unbillig, wenn der Käufer an der dolosen Handlungsweise des Gläubigers teilgenommen hat, dann: l. 1 § 1. 3. 4. C. si vend. pign. ag. 8,29) — dass der Verkauf angefochten werden könnte, in diesem Falle hat sich der Schuldner vielmehr (mit der actio pigneraticia directa) lediglich an den Gläubiger zu halten.*)

So wie vorstehend die l. 7 C. de distract. pign. interpretirt worden ist, wird dieselbe auch von Rygerbos**) und Bachofen†) verstanden, auch Dernburg selbst scheint jetzt von der Unhaltbarkeit seiner Interpretation überzeugt zu sein. In seinem Pandekten-Lehrbuch beruft sich Dernburg keineswegs auf die in Rede stehende Konstitution, um etwa die Lehre von der Ungültigkeit des pactum de non distr. pign. quellenmässig zu begründen, ebensowenig spricht er dort von einer Meinungsverschiedenheit zwischen Ulpian und Paulus, erklärt vielmehr unter Hinweis auf die citirte Stelle aus Paulus' Sentenzen (II, 5. § 1) und auf das von Bruns und Sachau herausgegebene römisch-syrische Rechtsbuch (S. 28, 145, 272), dass bis zu Justinian's Zeiten auch im Falle des pignus simpliciter conventum eine dreimalige Mahnung nothwendig gewesen sei.††)

*) Die l. 7 korrespondirt der l. 4 desselben Titels, wie die l. 5 der l. 8. Erstere sprechen von Fällen, in denen der Gläubiger zum Verkaufe berechtigt gewesen ist, bei demselben aber böswillig gehandelt hat, letztere von solchen, in denen der Gläubiger widerrechtlich zum Verkaufe geschritten ist.

**) Rygerbos, a. a. O., S. 132:

„Quid quaeso aliud haec verba „„non reluctante lege contractus““ innuunt quam revocari posse venditionem tanquam nullam, si lex contractus venditioni reluctata fuerit, id est, si pactum fuerit, ut pignus vendere non liceret.“

†) Bachofen, das römische Pfandrecht, S. 171 Anm. 1.

††) Dernburg, Pandekten, Bd. I § 280 Anm. 3.

Kehren wir nunmehr zur l. 4 D. de pign. act. zurück.

Ein sechster Grund, der gegen die herrschende Auslegung dieses Fragmentes spricht, ist der Umstand, dass l. 3 C. de jure dom. impetr., in der Justinian den Pfandverkauf einer Neuregelung unterzogen hat, mit keinem Wort von dem Fall spricht, dass ein pactum de non distrahendo abgeschlossen worden ist. Sehr treffend bemerkt Rygerbos: „.... pactum, si quod initum esset, ne pignus distrahi posset, non fuisse pro nullo habitum, non obscure ex eadem l. ult. § 1 (C. de jure dom. impetr.) colligere licet; ibi enim, agens de speciebus, in quibus res oppignoratae a creditoribus vendi solent et possunt, meminit quidem speciei, qua pactum esset initum de vendendo, ut et casus, quo nullo omnino pactio intercessisset, verum de eo, quo pactum esset, ne vendere liceret, ne verbum quidem addit.“ *) Ebenso Cannegieterus: „In l. ult. § 1 C. de jure dom. impetr. casus duo priores enarrantur, nihil de hoc tertio adjicitur, unde statuas casu eo obtinere regulam de pactis servandis.“ **)

Einen weiteren Grund gegen die Richtigkeit der herkömmlichen Interpretation unseres Fragmentes kann man aus dessen Stellung in den Digesten entnehmen. Die Kompilatoren haben unser Fragment zu einem Bestandteil des 7ten Titels des 13ten Buches gemacht, welcher Titel von der actio pigneraticia handelt. Es weist dies darauf hin, dass nach Ansicht der Kompilatoren die in Rede stehende Stelle einen Rechtssatz enthält, der auf jene actio bezug hat. Wäre die herkömmliche Interpretation richtig, so würde unser Fragment seinen Platz im 5. Titel des 20. Buches, welcher vom Pfandverkauf handelt, haben finden müssen. Man könnte nun zwar einwenden, eine derartige falsche Einordnung eines Fragments sei nichts Seltenes, man habe doch für unrichtig eingeordnete Fragmente sogar einen technischen Ausdruck gebildet (leges erraticae, leges fugitivae), allein ich meine, dass man eine falsche Einordnung so lange nicht annehmen darf, als es möglich ist, ohne eine solche Annahme auszukommen. Dass dies möglich ist, werden wir später sehen.

Der bei weitem wichtigste Grund aber, welcher gegen die herrschende Interpretation ins Feld geführt werden muss, ergiebt sich aus dem Zusammenhange unseres Fragmentes mit dem ihm folgenden. Letzteres lautet:

Pomponius, libro XIX ad Sabinum.

Idque juris est, sive omnino fuerint pacti, ne veneat, sive in summa aut condicione aut loco contra pactionem factum sit.

*) Rygerbos, observat. jur. Rom. fasc. S. 133.

**) Cannegieterus, observat. jur. Rom. S. 170.

Diese Stelle wird von der herrschenden Meinung fast durchgängig ebenso missverstanden, wie die vorausgehende l. 4. Um das Fragment richtig zu verstehen, ist es zunächst erforderlich, den Sinn der Ausdrücke „summa“, „condicio“ und „pactio“ festzustellen. „Summa“ bezeichnet den Verkaufspreis, insonderheit den Mindestpreis, unter dem nicht verkauft werden soll. Unter „condicio“ ist eine Vertragsbestimmung des zwischen dem Gläubiger und dem Käufer der Pfandsache abzuschliessenden Kaufvertrages zu verstehen, zu deren Aufnahme der Gläubiger sich dem Schuldner gegenüber im Pfandvertrage verpflichtet hat. Ein Beispiel einer solchen condicio ist in l. 13 D. de pign. act. (13, 7) enthalten. Die dort erwähnte Klausel geht dahin: „ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam.“ Bei dem Worte „pactio“ endlich hat man an das pactum de distrahendo pignore zu denken.*)

Nunmehr können wir dazu übergehen, die herkömmliche Interpretation zu prüfen. Ihr zufolge bestimmt l. 5, dass der Gläubiger sich mit Hülfe einer dreimaligen Denuntiation nicht nur über das pactum de non vendendo, sondern auch über sonstige pacta hinwegsetzen könne, die ihm den Verkauf erschwerten. Dieser Rechtssatz führt teils zu absonderlichen, teils zu überaus unbilligen Ergebnissen. Nehmen wir an, es sei zwischen Pfandgläubiger und Schuldner ausbedungen worden, dass der Pfandverkauf in *A* stattfinden solle, nach vorgängiger fünffacher Mahnung. Wie wunderlich wäre es, wollte man in einem solchen Falle erklären: „Der Gläubiger darf in *Z* verkaufen, wenn er dreimal denuntiirt hat!“ Oder wäre vielleicht zu entscheiden: „wenn er siebenmal denuntiirt hat?“ Man könnte auf diesen Gedanken kommen, ja letztere Beantwortung dürfte, vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus betrachtet, überhaupt die einzig richtige sein, da dieser Lehre zufolge das Vorliegen der den pacta de summa, condicione et loco gleichgestellten Vereinbarung des Nichtverkaufs die Zahl der erforderlichen Mahnungen um zwei erhöht. Aber auch diese Beantwortung würde uns noch wunderlich genug erscheinen müssen. Denken wir uns noch einen zweiten Fall! Nehmen wir an, ein gebrechlicher, ärmlich gekleideter Mann kommt zu einem Trödler, der nebenbei kleine Geldbeträge darleiht gegen Verpfändung von Wertsachen. Aus dem geschwätzigen Munde des Alten erfahren wir seine ganze Lebensgeschichte, wir hören, wie er, der Sohn reicher Eltern, vermählt mit einer angebeteten Frau, in der Fülle

*) Vgl. die Scholien zu Basilicorum lib. XXV tit. I Ziffer V, editio Heimbach (Leipzig 1843) Bd. III S. 53, ferner die Glosse zu „summa.“

irdischen Glückes gelebt hat. Jetzt ist er heruntergekommen, physisch, seelisch und pekuniär. Das Unglück brach über ihn herein, theils verschuldet, theils unverschuldet, sein Vermögen ging verloren, sein Weib wurde ihm durch den Tod entrissen, er selbst sank von Stufe zu Stufe zum unstäten, besitzlosen Bettler herab. Nur ein kostbares Kleinod hat er aus dem Schiffbruch, den er auf dem Meere des Lebens erlitten, gerettet, das ihn erinnert an jene weit hinter ihm liegenden Tage des Glückes: seinen Trauring. Diese seine letzte Habe steht er jetzt imbegriff zu verpfänden. Er bittet den Trödler, ihn nicht zu mahnen, wenn es zum Pfandverkaufe kommen sollte, denn er würde das Pfand auch ohne jede Mahnung einlösen, sofern er dazu imstande wäre. Würde er es nicht sein, so nützten ihm die Mahnungen und Androhungen des Pfandverkaufs auch nichts, sie wären vielmehr nur geeignet, ihn sein Unglück doppelt schmerzlich empfinden zu lassen; dahingegen solle der Trödler für ihn vom Käufer eine dreimonatige Lösefrist ausbedingen. Der Trödler erklärt sich einverstanden. Wenden wir nun den Rechtssatz an, der nach herrschender Ansicht in l. 5 enthalten ist, so kommen wir zu dem Resultat, dass der Trödler dadurch, dass er den Schuldner zweimal oder, wenn man will, dreimal mahnt, d. h. in concreto — vom Standpunkte des Schuldners aus betrachtet — zweimal bezw. dreimal nutzlos belästigt und in seinen heiligsten Empfindungen kränkt, das Recht gewinnt, sich über eine Vertragsbestimmung hinwegzusetzen, die, wie man zugeben wird, aus einem durchaus gerechten und des Rechtsschutzes würdigen Verlangen des Schuldners hervorgegangen ist. Merkwürdiger Rechtssatz!

Wen nicht schon vorstehende Erwägungen dazu bestimmen sollten, die herkömmliche Interpretation der l. 5 für falsch anzusehen, der wird sich durch Justinian's eigenste Vorschrift zu dieser Ansicht bekehren lassen. Justinian bestimmt in l. 3 § 1 C. de jure dom. impetr. (8,33 [34]):

> Imp. Justinianus A. Demostheni pp.
>
> Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, siquidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive *in aliis conventionibus*, ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est.

Für mich unterliegt es keinem Zweifel, dass unter die aliae conventiones, von denen Justinian spricht, auch die in l. 5 D. de pign. act. erwähnten Vereinbarungen über summa, locus und con-

dicio gerechnet werden müssen,*) es scheint mir sogar die Vermutung berechtigt zu sein, dass, wenn Justinian in der soeben citirten Konstitution nur die conventio de tempore und nicht auch die vielleicht ebenso häufigen conventiones de summa, loco et condicione besonders hervorhebt, dies darin seinen Grund hat, dass der letzteren bereits in l. 5 D. de pign. act. Erwähnung gethan ist. Gilt nun aber von den conventiones de summa, loco et condicione der Satz, dass sich der Gläubiger streng nach ihnen zu richten hat, so folgt hieraus, dass der mit diesem unverträgliche Schlusssatz der l. 4 entweder überhaupt nicht nach l. 5 hinübergezogen werden darf**) oder aber in einem anderen Sinne zu verstehen ist als in dem, welchen die herrschende Meinung ihm beilegt. Würden wir uns für die erstere Ansicht entscheiden, so kämen wir in einen sprachlichen Konflikt. Die enganknüpfenden Worte „idque juris est" sowie die Gleichstellung des pactum ne veneat mit den pacta de summa, condicione et loco (sive omnino pp. sive in s. pp.) fordern gebieterisch, dass der Schlusssatz von l. 4 nach l. 5 hinübergezogen und auch auf die drei letztgenannten pacta bezogen werde. Mithin bleibt uns nichts anderes übrig als anzunehmen, dass der Schlusssatz „nisi pp." von der herkömmlichen Auslegung falsch verstanden worden ist.

2.

Wie sind die Worte „nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit" zu verstehen?

Haben wir aus den oben angeführten Gründen die Ueberzeugung gewonnen, dass der Schlusssatz der l. 4 D. de pign. act. nicht so verstanden werden darf, wie ihn die herrschende Lehre versteht, so handelt es sich nunmehr darum, die Frage zu beantworten, wie er verstanden werden müsse. M. E. besagt er, dass wenn der Gläubiger dreimal denuntiirt hat, der Verkauf nicht für ein furtum angesehen werden soll, dahingegen besagt er nicht, dass der Verkauf nach dreimaliger Mahnung gültig ist. Den Grund, weshalb Ulpian unter genannter Voraussetzung in dem Pfandverkaufe trotz

*) Diese Ansicht findet eine erhebliche Stütze in der Autorität des berühmten Bologneser Rechtslehrers Irnerius. In der von Fitting herausgegebenen und wohl mit Recht dem Irnerius zugeschriebenen „Summa Codicis" heisst es in dem de distractione pignorum überschriebenen Titel (lib. VIII tit. XXV S. 283):

„Si pactum de venditione intercessit, pacti tenor servandus est. si enim convenit ne certo loco distrahatur, vel ut certa quantitate vel certis conditionibus adjectis venditio fiat, et omnia custodienda sunt."

**) So Westphal a. a. O. S. 301.

Vorliegens eines pactum de non distrahendo pignore kein furtum erblickt, erkennen wir, wenn wir der Quelle nachgehen, aus welcher l. 4 geflossen ist. Dieses Fragment entstammt dem 41. Buche von Ulpian's Kommentar zu den „tres libri juris civilis" des Sabinus. Dieses 41. Buch handelte vom Diebstahl: de furtis.*) Als Teil eines de furtis handelnden Buches betrachtet, enthält unser Fragment eine Erörterung der Frage: Wann begeht der Gläubiger durch Verkauf der Pfandsache ein furtum? Sabinus hatte hierauf die Antwort gegeben: „Sobald die Verkaufsbefugnis nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist";**) Ulpian, zu dessen Zeit dieser Satz nicht mehr zutraf, erklärt, die Fortentwickelung durch die Worte „hoc tamen jure utimur" andeutend: „Heutzutage aber gilt der Rechtssatz, dass der Gläubiger auch dann verkaufen darf, wenn die Verkaufsbefugnis nicht ausdrücklich eingeräumt worden ist," dahingegen schliesst er für den Fall, dass ein pactum de non distrahendo pignore abgeschlossen worden ist, das Verkaufsrecht mit schwerwiegenden Worten aus: „si modo non convenit, ne liceat." Nun interessirt aber Ulpian in seinem liber XXXXI ad Sabinum die Frage, wann der Gläubiger das Verkaufsrecht besitze, nur nebenbei, hauptsächlich kommt es ihm darauf an, denjenigen Fall des Pfandverkaufes festzustellen, in welchem sich der Gläubiger des Diebstahls schuldig macht. Er fährt deshalb fort: „Sobald aber ausbedungen ist, dass nicht verkauft werden soll, macht sich der Gläubiger, wenn er trotzdem verkauft, des Diebstahls schuldig." Diesem harten Rechtssatz fügt Ulpian die Bemerkung an: „es müsste denn sein, dass der Gläubiger dem Schuldner dreimal denuntiirt hat." Was hat diese dreimalige Denuntiation zu bedeuten? Modestinus, ein Zeitgenosse Ulpian's, ebenso wie dieser ein Meister der römischen Juristen, entscheidet in l. 73 (72) D. de furtis 47,2: „Si *clam* subtraxit, furtum commissum." Von dem „*clam* subtrahere," dem „*heimlich* fortnehmen" macht Modestinus die Entscheidung abhängig, ob der Angeklagte des furtum schuldig sei oder nicht. Nun wurde, wie jetzt Dernburg sogar zugiebt,†) zu Ulpian's Zeiten beim Pfandvertrage ohne Verkaufsklausel dreimalige Denuntiation erfordert. Mithin hatte der Gläubiger, wenn er im Falle eines pactum ne distrahatur dreimal denuntiirt hatte, das gethan, wozu er, wenn ein

*) Vgl. Palingenesia juris civilis von Otto Lenel, Bd. II S. 1167.

**) Bei Sabinus hat der zweite Satz, wie man aus dem Wort „tamen" unserer lex deutlich erkennt, gelautet: „sed si non convenerit de distrahendo pignore, creditor, si distraxerit, furti obligatur."

†) Vgl. Pandekten Bd. I § 280 Anm. 3.

einfacher Pfandvertrag (pignus simpliciter conventum) vorgelegen hätte, verpflichtet gewesen sein würde, m. a. W., er hatte sich als Pfandgläubiger ex pignore simpliciter convento gerirt, und, wenn er auch zum Verkaufe nicht befugt war, jedenfalls nicht *heimlich* gehandelt.*) Aus dem Nichtheimlichhandeln schliessen Ulpian und Modestin auf das Fehlen der Diebstahls-, oder wenn man lieber will, Unterschlagungsabsicht und verneinen deshalb die Zulässigkeit der infamirenden actio furti. Es bildet diese Erscheinung ein treffliches Zeugnis dafür, dass die römischen Juristen in der Blütezeit ihrer Rechtswissenschaft sich freihielten von einer mechanischen Handhabung des Rechts, dass sie vielmehr bei der Beurteilung des konkreten Falles die besonderen Umstände inbetracht zogen. Wenn Ulpian nicht so allgemein wie Modestin spricht, sondern einen engeren Ausdruck gebraucht, so ist das leicht verständlich, denn wenn der Gläubiger sich offen als Pfandgläubiger ex pignore simpliciter convento gerirt, so geht hieraus hervor, dass ihm die Unterschlagungsabsicht fehlt, wie umgekehrt es so gut wie keinem Zweifel unterliegen kann, dass er sie besitzt, wenn er nicht einmal das thut, wozu er verpflichtet wäre, wenn kein pactum de non distrahendo pignore vorläge.

Man könnte mir nun einwerfen: Wie erklärt es sich dann aber, dass nur in l. 4 D. de pign. act. (13,7) von „ter denuntiare“ gesprochen wird, während sonst in Justinian's Kompilation nur von „denuntiare“ und „denuntiatio“ schlechthin die Rede ist?

Dass zu Ulpian's Zeiten dem Pfandverkauf eine dreimalige Mahnung vorhergehen musste, sobald kein pactum de vendendo abgeschlossen worden war, steht ausser allem Zweifel, ebenso sicher ist es aber auch, dass diese Vorschrift noch bis zu den Zeiten Justinian's geltendes Recht war.**) Ueber den Zeitraum, der zwischen den einzelnen Denuntiationen liegen musste, wissen wir nichts, da sich hierüber die Quellen vollständig ausschweigen. Es ist möglich, dass, wie Dernburg†) meint, ein festes Gewohnheitsrecht diese Frage regelte, aber es ist auch nicht ausgeschlossen, dass es der bona fides des Pfandgläubigers überlassen wurde, die Grösse des Zeit-

*) Ich glaube, Ulpian hat bei den Worten „nisi ei ter u. s. w.“ insbesondere an jenen Fall gedacht, dass der Gläubiger irrigerweise angenommen hatte, es sei bei Eingehung des Pfandvertrages der Abschluss eines ausdrücklichen pactum de vendendo nur aus Vergesslichkeit unterlassen worden, nicht weil man die Verkaufsbefugnis ausschliessen wollte.

Vgl. den in l. 3 D. quae res pign. (20,3) erörterten Fall.

**) Vgl. Dernburg, Pandekten, Bd. I § 280 Anm. 3.

†) Vgl. Dernburg, das Pfandrecht pp., Bd. I S. 89.

raumes zu bestimmen, innerhalb dessen er die drei Mahnungen ergehen liess, welcher Zeitraum dann je nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles bald länger, bald kürzer gewesen sein müsste, und dass, wenn der Zeitraum in Anbetracht der konkreten Verhältnisse als zu kurz bemessen erschien, der Richter hierin einen Verstoss gegen die bona fides erblickte. Wie dem auch sein mag, jedenfalls war das Erfordernis dreimaliger Mahnung kein rein formales, sondern es verfolgte einen praktischen Zweck. Es sollte dem Schuldner noch nach der Fälligkeit der Schuld eine Frist vergönnt sein, um Geldmittel zur Befriedigung des Gläubigers aufzutreiben und so den Verlust seines Eigentums abzuwenden. (Sozialpolitisches Moment!) Als nun Justinian in l. 3 C. de jure dom. impetr. den Pfandverkauf für die Fälle der pignoris conventiones simplices vollständig neu regelte, indem er vorschrieb, nach der denuntiatio solle der Pfandgläubiger noch zwei Jahre lang mit dem Verkaufe warten, gewährte er hierdurch dem Schuldner eine Frist zur Auftreibung von Geldmitteln, die eine dreimalige Mahnung und den durch letztere herbeigeführten Verkaufsaufschub mehr als überflüssig machte. Justinian konnte mit Recht sagen: debitori satis abundeque provisum est.*) Dies ist der Grund, aus welchem Justinian in l. 3 § 1 C. de jure dom. impetr. nnr von einer denuntiatio schlechthin spricht, weshalb auch sonst nirgends im Corpus juris civilis als in l. 4 D. de pign. act. von dreifachem Mahnen die Rede ist. Justinian gab hiermit deutlich zu erkennen, dass von Einführung seiner Reform an eine einmalige Mahnung genügen solle. Wenn nun die Kompilatoren in l. 4 D. de pign. act. die Worte „ter fuerit denuntiatum“ stehen liessen, anstatt sie der Justinian'schen Reform entsprechend abzuändern, so haben sie einen Fehler begangen, indem sie etwas erwähnten, was vom Standpunkt der Justinian'schen Reform aus als antiquirt zu betrachten war. Jedoch ist dieses Versehen leichter zu entschuldigen wie irgend ein anderes von den vielen, die man ihnen zur Last legt. Wir müssen bedenken, dass die dreimalige Denuntiation erst im Jahre 530 abgeschafft worden ist, dass sie deshalb zur Zeit der Ausarbeitung der Digesten sowohl den Kompilatoren als auch den anderen Zeitgenossen Justinian's noch im Fleisch und Blute steckte, mithin für die Juristen jener Zeit das „ter denuntiare“ keine Gefahr des Missverständnisses barg.

Sind vorstehende Ausführungen richtig, so erledigen sich alle jene Kontroversen, die wir eingangs unserer Abhandlung erwähnten, es wird uns erklärlich, warum sich Justinian über jene so wichtigen

*) Vgl. § 1 J. quib. al. licet 2,8.

Fragen ausgeschwiegen hat. Er hat es absichtlich gethan. Ferner erledigt sich dann auch die von Cujacius, Bachofen und Brinz vertretene Meinung, dass stets, sofern nicht ein besonderes pactum de vendendo pignore abgeschlossen worden sei, dreimalige Denuntiation gefordert werden müsse.*) Sodann erweisen sich auch die Versuche als verfehlt, den angeblich verderbten Text zu verbessern, Versuche, wie sie insbesondere von Rygerbos und Cannegieterus gemacht worden sind. Rygerbos**) meint, der Schlusssatz „nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit" sei eine, wenn auch schon sehr alte, glossenartige Randbemerkung gewesen, die sich in den Text eingeschlichen habe. Cannegieterus,†) der sich über die Emendation von Rygerbos geringschätzig dahin äussert: „at hoc remedio desperantibus utendum", konjekturirt, dass der Schlusssatz lauten müsse: „*ne, si* ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit, *distrahet.*" Erklärend bemerkt er: „hoc est ne quidem distrahere licebit, si ei, hoc est debitori, hoc fuerit denuntiatum." Endlich ergiebt sich aus obigen Ausführungen, dass der Schlusssatz „nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat et cessaverit" nicht erst von den Kompilatoren hinzugefügt sein kann, wie Windscheid††) meint, denn dass die Kompilatoren etwas Antiquirtes auszumerzen aus Versehen unterlassen haben, ist erklärlich, hingegen würde es unerklärlich sein, wenn sie selbst den antiquirten Rechtssatz hinzugefügt hätten.

3.

Welches ist die richtige Auslegung der l. l. 4 und 5 D. de pigneraticia actione?

Es dürfte nach all den vorstehend gegebenen Ausführungen nunmehr an der Zeit sein, festzustellen, wie die beiden Fragmente im Rahmen der Justinianischen Kompilation verstanden werden müssen. Ihr Sinn ist folgender:

Wenn der Gläubiger in redlicher Ausübung seines Verkaufsrechtes das Pfand veräussert hat, so ist das Eigentum des Schuld-

*) Vgl. Cujacius, comment. in tit. Cod. de distr. pign. Operum tomus tertius S. 1118; ferner Bachofen, das römische Pfandrecht, Bd. I S. 176, 177, 187; und Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. Bd. II Abt. 2 S. 867 Anm. 7.

**) Vgl. observat. jur. Rom. fasc. S. 136: „Puto .... ultima illa verba „„nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit"" tanquam antiquum glossema, quod jam mature (habent enim et Basilica) ex margine in textum irrepsit, ex textu iterum esse eliminanda.

†) Vgl. observat. jur. Rom. S. 169, 171.

††) Vgl. a. a. O. Bd. I § 237 Anm. 5. (S. 718).

ners am Pfande auf den Käufer übergegangen, der Anspruch*) des Schuldners auf Rückgabe der Pfandsache gegen den Pfandgläubiger erloschen. Eine Befugnis zum Pfandverkaufe besitzt der Gläubiger nach älterem Rechte nur dann, wenn sie ihm durch besonderen Vertrag eingeräumt worden ist. Durch das neuere Recht ist aber diese Befugnis auch auf den Fall ausgedehnt worden, dass ein besonderer Vertrag über den Verkauf nicht abgeschlossen worden ist. Dahingegen besitzt der Gläubiger diese Befugnis nicht, und dem Schuldner bleibt sein Anspruch auf Rückgabe der Sache gewahrt, wenn er den Verkauf durch einen besonderen Vertrag dem Gläubiger untersagt hat, denn in diesem Falle darf der Gläubiger bei Strafe der actio furti nicht verkaufen. Jedoch greift diese die Infamie nach sich ziehende Klage nicht Platz, wenn aus dem Verhalten des Gläubigers hervorgeht, dass ihm die Absicht, ein furtum zu verüben, völlig gefehlt hat. Als Erkennungszeichen hierfür dient der Umstand, dass der Gläubiger die Massnahmen getroffen hat, zu denen er, wenn das pactum de non distrahendo nicht abgeschlossen worden wäre, verpflichtet sein würde.

4.

Die Gegner der herrschenden Auslegung der l. 4 D. de pigneraticia actione.

Im Jahre 1882 bezeichnete Kohler**) die auf l. 4 D. de pign. act. (13,7) aufgebaute herrschende Lehre als einen „landläufigen Irrtum“, er zeigte, dass der Schlusssatz „nisi ei ter fuerit denuntiatum, ut solvat, et cessaverit“ nur besage, dass durch dreifache Denuntiation die actio furti abgewendet werde. Vor Kohler, aber viel weniger energisch als dieser, hatte Exner***) die gleiche Ansicht vertreten. Wendt†) spricht sich über unser Fragment dahin aus, dass er nicht umhin könne, der Meinung von Kohler beizutreten, dass die Stelle überhaupt nur die actio furti verneint, damit aber die Gültigkeit des Verkaufes keineswegs anerkennt. Windscheid††) ist durch Kohler's Ausführungen, wenn auch nicht überzeugt, so doch schwankend gemacht worden.

*) Man beachte wohl, dass die Kompilatoren das fr. 4 zu einem Bestandteile des Titels de pigneraticia actione gemacht haben! Hieraus ist zu folgern, dass dieses Fragment nach Ansicht der Kompilatoren auf die actio pigneraticia bezug hat.

**) Vgl. Pfandrechtliche Forschungen S. 65.

***) Vgl. Kritik des Pfandrechtsbegriffes pp. S. 27.

†) Vgl. Lehrbuch der Pandekten S. 405.

††) Vgl. Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. Bd. I § 234 am Ende (S. 709) und § 237 Note 5 (S. 718.)

Aber nicht erst neuerdings sind der herkömmlichen Interpretation der l. 4 D. de pign. act. (13,7) und der auf dieselbe gestützten Lehre Gegner erwachsen, sondern schon früher gab es Juristen, welche die Gültigkeit des pactum de non distrahendo pignore verteidigten. So erklärt Irnerius in der Summa Codicis:*) „si enim debitor omne quod debetur solvat vel solvere paratus sit, venditio impeditur. *Quod evenit et si creditor cum debitore pactus sit ne omnino veneat.* Si vero contra ea venditio facta sit, non procedit alienatio". An einer anderen Stelle des nämlichen Werkes lehrt er, dass bei den Pfandverträgen, abgesehen von der lex commissoria alle pacta zulässig seien und deshalb gehalten werden müssten. Er führt aus: „legis commissorie pactum in pignoribus omnimodo esse improbatum . . . . Si quod autem aliud pactum in pignore interpositum est, omnimodo servandum est."**) Die Glossa Accursiana zu l. 4 D. de pign. act. bemerkt: „Quidam tamen dicunt, quod haec denuntiatio tantum a furto excusat." Pinellus, dessen eigenthümliche Ansicht über die Bedeutung des in l. 4 D. de pign. act. enthaltenen Rechtssatzes wir oben kennen gelernt haben, meint, dass jedenfalls der Gläubiger die Verkaufsbefugnis dann nicht besitze, wenn der auf Ausschluss dieser Befugnis gerichtete Wille der Parteien klar und deutlich ausgesprochen worden sei. „Et ita resolvo posse per pactum adimi eam facultatem creditori, specialiter et individue paciscendo."†) Längere Ausführungen geben Franciscus Rygerbos und Hermannus Cannegieterus.††)

b.

Die l. 7 § 2 D. de distr. pign.

Nachdem wir so gezeigt haben, dass die l. 4 D. de pign. act. (13,7) nicht so verstanden werden darf, wie die herrschende Lehre sie gedeutet hat, ist damit schon die Unhaltbarkeit dieser Lehre selbst dargethan, denn die anderen Quellenstellen, die man zu jener Lehre in Beziehung gebracht hat, bilden nur adminiculirendes Beiwerk. Gleichwohl wollen wir auch dieses — wenn ich so sagen darf — Quellenmaterial zweiter Ordnung kritisch prüfen.

Wir wenden uns zunächst der l. 7 § 2 D. de distr. pign. (20,5) zu, die wie wir wissen, nach Ansicht Faber's, Westphal's

*) Vgl. Buch VIII Tit. XXV (S. 283.)

**) Vgl. Buch VIII Tit. XXX (S. 285).

†) Vgl. Ad rub. et l. II C. de rescind. vend. comment. S. 288.

††) Rygerbos, a. a. O. S. 129—136.
Cannegieterus a. a. O. S. 169—171.

und Puchta's auf die Lehre vom pactum de non distrahendo bezug hat. Wir kennen auch bereits die Emendationen, die jene Gelehrten an dem uns überlieferten Texte vorgenommen haben. Keinem dieser Verbesserungsversuche kann Berechtigung zugestanden werden. Gegen sie sprechen zunächst zwei Gründe, die allgemein jedem Versuche einer Abänderung unseres Textes entgegen gehalten werden müssen.

In erster Linie ist es der rein äusserliche Grund, dass alle uns bekannten Handschriften übereinstimmend den gleichen Text enthalten, und dass dieser Text durch die Basiliken bestätigt wird. Letztere bestimmen:

Καλῶς ὁ δανειστὴς συμφωνεῖ, μὴ ἐξεῖναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον.)

Lässt schon dieser äusserliche Grund starke Zweifel daran aufkommen, dass der Text unseres Fragmentes verderbt sei, so lässt sein Inhalt die Emendationsversuche noch weniger berechtigt erscheinen. Unser Fragment enthält in dem überlieferten Text einen Rechtssatz, der nicht nur einen guten Sinn hat, sondern auch nicht im mindesten auffällig erscheinen kann. Dieser Rechtssatz ist folgender: Der Vertrag, durch welchen sich der Pfandschuldner-Eigentümer verpflichtet, das Pfand nicht zu veräussern, entzieht ihm die Verkaufsmacht und bewirkt, dass der trotzdem erfolgte Verkauf nichtig ist. Die Regel des römischen Rechts lautet nun zwar, wie keineswegs geleugnet werden soll, dass ein vertragsmässiges Veräusserungsverbot die gegen dasselbe erfolgte Veräusserung nicht nichtig macht, sondern nur einen Anspruch auf das Interesse gegen den Veräusserer begründet. Der Grund ist der, dass eine dauernde derartige Beschränkung des Eigentums nach Ansicht der Römer den Zwecken der Rechtsordnung zuwiderläuft. Und die Römer hatten Recht, denn wenn durch Privatwillenserklärung, sei es Vertrag oder letztwillige Verfügung, beliebige Sachen auf die Dauer ausser Verkehr gesetzt werden können, so muss dies nicht nur im Laufe der Zeit zu grenzenloser Verwirrung und Rechtsunsicherheit führen, sondern es liegt auch die Gefahr nahe, dass gegebenenfalls durch rein willkürliche, ohne berechtigtes Motiv erlassene Veräusserungsverbote die wirtschaftlichen Interessen sowohl des einzelnen wie des gesamten Volkes in empfindlicher Weise geschädigt werden. Die Römer gingen in ihrer Abneigung gegen die Veräusserungsverbote durch Privatwillenserklärung soweit,

*) Vgl. Basil. lib. XXV tit. VII cap. VII Abs. 3

dass sie die Familienfideikommisse in der Hand des vierten Inhabers freies Eigentum werden liessen.*) Betrachten wir nun aber das in unserer lex enthaltene Veräusserungsverbot, so finden wir, dass bei ihm die geäusserten Befürchtungen durchaus nicht zutreffen. Dem Eigentümer-Pfandschuldner wird die Verkaufsbefugnis keineswegs dauernd entzogen, die Entziehung ist vielmehr nur eine relative. Der Schuldner hat die Möglichkeit, sich jederzeit die volle Verfügungsfreiheit über das Pfand zu verschaffen, indem er den Verpflichtungen nachkommt, die er seinem Pfandgläubiger gegenüber hat. Die Abweichung von dem oben genannten Rechtsprincipe der Römer ist, wie wir sehen, nur eine scheinbare und der in unserem Fragment enthaltene Rechtssatz gar nicht so „exorbitant", wie dies Kohler gemeint hat.**) Er ist aber nicht nur unauffällig, sondern auch durchaus existenzberechtigt. Wer möchte bestreiten, dass unter Umständen der Gläubiger das grösste pekuniäre Interesse daran haben kann, dass sein Schuldner die Pfandsache nicht veräussere? Denken wir namentlich daran, dass nach römischem Recht auch an Mobilien Hypotheken bestellt werden konnten. In solchen Fällen musste aber der Gläubiger begreiflicherweise das grösste Interesse daran haben, zu wissen, wo sich die Pfandsache befände und wie mit ihr verfahren würde. Denn wenn keine Vereinbarung getroffen worden war, die dem Pfandschuldner die Veräusserung verbot, so war es ihm unbenommen, die Sache nach einem noch so entlegenen Orte hin zu verkaufen. That er letzteres und wurde das Pfand sodann vom Erwerber weiter veräussert und von dem neuen Erwerber wiederum an einen anderen und so fort, sodass die Eigentümer in schneller Reihenfolge wechselten, so blieb allerdings das Pfandrecht an der Sache haften, was nützte dies aber dem Pfandgläubiger, wenn er gegebenenfalls, sei es überhaupt nicht, sei es nur unter Aufwendung vieler Mühe und grosser Kosten in Erfahrung bringen konnte, wo und in welchem Zustande sich die Sache befände und ob sie überhaupt noch existirte. Um dergleichen Möglichkeiten auszuschliessen, müsste es als das einfachste erscheinen, dass sich der Gläubiger vom Schuldner das Versprechen geben liess, die Pfandsache nicht zu veräussern.

Sprechen vorstehende Gründe gegen jedwede Emendation, so ist es folgendes Bedenken, welches sich gegen die Emendationen Faber's, Westphal's und Puchta's insbesondere richtet.

---

*) Vgl. Nov. 159.

**) Pfandrechtliche Forschungen S. 68.

Zur Zeit Marcian's, von dem unser Fragment stammt, bildete der Abschluss eines pactum de vendendo so sehr die Regel, dass dieses pactum vom Kaiser Alexander Severus,*) einem Zeitgenossen Marcian's, ein „pactum vulgare“ genannt wurde, dass man, wenn bei einer Verpfändung ein solches nicht abgeschlossen worden war, vermutete, es sei dies aus Vergesslichkeit geschehen.**) So kam es, dass man schliesslich dem Gläubiger die Verkaufsbefugnis auch dann zuerkannte, wenn ein ausdrückliches pactum de vendendo nicht abgeschlossen worden war, mit anderen Worten, das jus distrahendi entwickelte sich aus einem aussergewöhnlichen zu einem regelmässigen Bestandteile des Gläubigerrechts aus dem Pfandvertrage. Diese Umwandlung vollzog sich, wie ganz ausser Zweifel steht, auf gewohnheitsrechtlichem Wege im Zeitalter der klassischen Juristen, jenem Zeitalter, dem auch Marcian angehörte. Weiter ist diese Entwicklung nicht gegangen. Wäre sie aber weitergegangen, hätte sich das jus distrahendi aus einem naturale zu einem essentiale des Gläubigerrechts aus dem Pfandvertrage oder, wie die Mehrzahl der Anhänger der herrschenden Meinung sogar will, des Pfandrechts selbst ausgebildet, so würde, wenn eine der drei in Rede stehenden Emendationen richtig wäre, diese Weiterentwicklung noch zu Marcian's Zeit erfolgt sein, d. h. zu jener Zeit, in der sich das jus distrahendi erst zu einem naturale ausgebildet hatte, und die dieser — wiederum gewohnheitsrechtlichen — Entwicklung zu Grunde liegende Rechtsanschauung hätte schon damals so fest im Volke gewurzelt, dass man an Marcian die Frage richtete: „Si pactum est a debitore, ne liceat creditori pignus vendere, quid est juris? talisne pactio nulla est *quasi contra jus posita?*“ Die staunenerregende Schnelligkeit, mit welcher sich dieser Wandel im Rechtsbewusstsein des römischen Volkes und die durch ihn bedingte Entwicklung des jus distrahendi vollzogen hätten, würde unseren sonstigen Erfahrungen vollständig widersprechen.

Einen noch höheren Grad erreicht unsere Verwunderung, wenn wir Puchta Glauben schenken, der Marcian antworten lässt:

„Certum est nullam esse pactionem, ut venditioni stetur.“

Kein „puto“, kein „mihi placet“, kein „verius est“ kommt über die Lippen des Juristen, nein, „certum est“, „sicher ist es, dass ein solcher Vertrag nichtig ist und der Verkauf aufrecht erhalten bleibt.“ Dieses „certum“ wirkt geradezu verblüffend.

---

*) Vgl. l. 4 C. de actione pign. (4,24).

**) Vgl. 3 D. quae res pign. (20,3).

Gegen die Puchta'sche Emendation spricht ferner die Wahrnehmung, dass sie, wie Dernburg*) sehr richtig ausführt, überhaupt nicht geeignet ist, die herrschende Lehre vom pactum de non distrahendo zu unterstützen, wie ihr Urheber meinte, sondern dass sie dieser Lehre widerspricht. Dernburg erklärt, indem er die herrschende Lehre wiedergiebt: „Der Vertrag, wodurch der Debitor dem Gläubiger den Verkauf der Hypotheka verbietet, ist nicht null, im Gegentheil macht sich der Creditor, der doch verkauft, eines Furtum schuldig. Zwar kann er nach dreimaliger Denuntiation das Verkaufsrecht wiedergewinnen; allein bis dahin übt der Vertrag alle von den Parteien beabsichtigten Wirkungen."

Es erübrigt noch die besonderen Gründe gegen die Faber'sche und Westphal'sche Emendation anzuführen. Gegen Faber's Ansicht spricht ein rein sprachliches Bedenken. Wir wissen, dass Faber konjekturirt: „si pactum sit a *debitore* ne liceat *debitoris* hypothecam pp." Diese Wiederholung des Wortes „debitor" und andererseits die Auslassung des zu supplirenden Wortes „creditori" würden dem Marcian'schen Stile nicht zur Ehre gereichen. Beiden aber, Faber wie Westphal, kann der Vorwurf nicht erspart werden, dass ihre Art der Auslegung überhaupt nicht mehr den Namen einer solchen verdient. Es kann nicht mehr „eine Stelle auslegen" genannt werden, wenn man in ein und demselben Fragment erstens eine Wortveränderung (Faber: aus debitori „debitoris") bezw. Wortvertauschung vornimmt (Westphal: für debitori „creditori"), zweitens einen Satz, welcher Schwierigkeiten verursacht (ut pactioni stetur), einfach ausmerzt, und drittens Gedanken in die Stelle hineinträgt, die auch nicht mit dem leisesten Fingerzeig angedeutet sind (Nichtigkeit des Verkaufes wegen Mangels dreimaliger Denuntiation).

Gegen die Versuche, den Text unserer Stelle umzugestalten, haben sich mit Recht Bachovius, Bachofen, Windscheid und vor allem Dernburg erklärt.**)

---

*) Vgl. das Pfandrecht pp. Bd. II S. 27.

**) Bachovius, a. a. O. lib. III cap. I Ziff. 4 S. 155.
Bachofen a. a. O. S. 611—612.
Windscheid, Lehrbuch der Pand. Bd. I § 172a Nr. 8.
Dernburg, das Pfandrecht pp. Bd. II S. 23—27.

II.

Prüfung der Lehre, dass das Verkaufsrecht des Gläubigers dem Pfandrecht wesentlich sei.

Wir kommen nunmehr zur Prüfung jener Gesetzesstellen, auf die man die Lehre gegründet hat, das jus distrahendi sei dem Pfandrecht wesentlich. Wir müssen diese Stellen einer näheren Betrachtung unterziehen, weil man dieselben zu Trägern indirekter Beweiszeugnisse für die Lehre von der Ungültigkeit der Verkaufsverbotsklausel gestempelt hat. Man hat gesagt: Die Verkaufsbefugnis ist dem Pfandrecht wesentlich, mithin darf das Recht dem pactum de non distrahendo keine Wirkung geben, zumindest aber muss es den Gläubiger in die Möglichkeit versetzen, die Wirkung jenes pactum aufzuheben.

Bei der Besprechung beobachten wir die Reihenfolge, in welcher die Stellen früher angeführt worden sind und kommen so zunächst zu der von Donellus angeführten l. 1 C. de pact. pign. 8, 34 (35). Dieselbe lautet in der Krüger'schen Textausgabe:

> Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam quam mutuam accepit solveret, cessurum creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. communi itaque jure creditor hypothecam vendere debet.

Aus der oben*) wörtlich wiedergegebenen Ausführung Donell's erkennen wir, dass dieser anders interpungirt, als vorstehend geschehen ist. Donell interpungirt: „cessurum creditoribus hypothecae venditionem, non contraxit." Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Krüger'sche Interpunktation die richtige ist, oder ob derjenigen von Donellus der Vorzug gebührt; der Schwerpunkt der Stelle liegt in den Worten „id, quod *jure suo* creditor in adipiscendo pignore habiturus erat." Hierin vermag ich aber weiter nichts ausgesprochen zu finden, als dass zur Zeit des Kaisers Alexander Severus, von welchem die Konstitution herrührt, in der Regel dem Gläubiger die Verkaufsbefugnis eingeräumt wurde. Unter „*jure suo* in adipiscendo pignore" ist nicht das Pfandrecht des Gläubigers zu verstehen, sondern das Recht des Gläubigers aus dem Pfandvertrage. Zu diesem gehört aber nicht nur das Pfandrecht, sondern es zählen dazu auch die Befugnisse des Gläubigers aus den Nebenverträgen und so auch die aus dem pactum de vendendo entspringende Pfandverkaufsbefugnis.

*) Vgl. S. 16.

Die zweite von Donellus citirte Stelle ist die l. 3 § 2 D. qui pot. in pign. (20,4). Diese entstammt dem elften Buche der Responsen Papinian's und lautet:

„Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret, pignus intellegi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse potiorem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare.

Eine oberflächliche Betrachtung genügt, um uns zu überzeugen, dass Donellus den Mund etwas voll nimmt, wenn er erklärt:*)

„. . . . pignus in hoc datur, ut distrahere liceat, si opus est, *ut, cum debitor creditori suo* ***forte*** *permisisset rem* ***aliquam*** *distrahere, si* ***pecuniam*** *non solvisset, responderit Papinianus, ea conventione pignus contractum videri,* quasi hoc proprium pignoris esset, ut eo concesso, quod solius pignoris proprium est, pignus datum intelligeremus".

Die Verallgemeinerung in der Ausdehnung, welche Donellus der Entscheidung Papinian's giebt, ist durchaus nicht am Orte. Der Fall, den Papinian entscheidet, liegt so:

Zwei Brüder, A und B, besitzen einen Acker im Miteigentum zu gleichen (ideellen) Anteilen. A verpfändet seinem Gläubiger G den ihm gehörigen Anteil. Eine Zeit danach teilen die Brüder den Acker realiter, wobei sich A verpflichtet, das Grundstük von dem Pfandrecht des G zu befreien, und für den Fall, dass er seiner Verpflichtung nicht nachkäme, seinem Bruder B das Recht einräumt, die Hälfte der ihm, dem A, durch die reelle Teilung zugefallenen Parzelle zu verkaufen. Papinian hat in diesem konkreten Falle angenommen, dass ein Pfandvertrag vorliege. Ganz mit Recht. Denn dass der eine Bruder dem anderen nicht ein nacktes Verkaufsrecht hat einräumen wollen, liegt auf der Hand. B hat ein Interesse daran, dass das Pfandrecht des G getilgt werde, welches nach der reellen Teilung ja auch auf seinem Anteile und zwar auf der ideellen Hälfte desselben ruht. Kommt nun A seinen übernommenen Verpflichtungen nicht nach, so soll

*) Vgl. Donellus, tract. de pign. cap. XII (S. 920).

B die eine Hälfte von dessen Parzelle, nämlich die von dem Pfandrecht des G nicht ergriffene ideelle Hälfte verkaufen dürfen, offenbar zu dem Zweck, damit B mit dem Erlöse die Forderung des G bis zur Hälfte tilge und auf Grund einer weiteren Vereinbarung*) mit G — es ist an eine pignoris remissio zu denken — den Pfandnexus, der auf der ideellen Hälfte seiner eigenen Parzelle ruht, löse.

In Anbetracht dessen, dass zu seinen Zeiten dem Gläubiger im Pfandvertrage neben dem Pfandrecht in der Regel auch die Pfandverkaufsbefugnis — sei es ausdrücklich oder stillschweigend — eingeräumt wurde, dass ferner im vorliegenden Falle der eine Bruder unter Hinweis (nicht „forte“) auf eine bestimmte dem anderen gegenüber übernommene Verpflichtung diesem das Verkaufsrecht an einer bestimmten Sache (nicht aliquam rem) eingeräumt hatte, durfte und musste der römische Jurist so entscheiden, wie er es gethan hat.

Einen zweiten Fehler begeht Donellus, wenn er von „si *pecuniam* non solvisset“ spricht. Der Pfandvertrag, der nach Ulpian's Entscheidung als abgeschlossen anzunehmen ist, besteht zwischen den beiden Brüdern. Geld aber hat der eine Bruder dem anderen nicht zu zahlen, Geld wird einem Dritten geschuldet, dem Gläubiger des A, der jetzt seinem Bruder B verpfändet.

Die Obligation, welche zwischen den beiden Brüdern besteht, hat zu ihrem Gegenstande das „agrum liberare a pignore“, unser Fragment sagt vom Standpunkt des verpfändenden Bruders aus: „liberare a creditore suo“.

Wie wir oben gesehen haben, hat nächst Donellus Balduinus die in Rede stehende Lehre auf Gesetzesstellen zu gründen versucht. Balduinus stützt sich, wie Donellus, auf l. 3 § 2 D. qui pot. in pign., ausserdem auf folgende drei Fragmente:

l. 7 § 1 D. de reb. eor. (27,9),
l. 59 § 4 D. mandati (17,1),
l. 10 D. de distr. pign. (20,5).

Auf die erste dieser Stellen, welche von Dernburg in demselben Sinne verstanden wird, wie von Balduinus, gehen wir erst später ein, wenn wir zu den von Dernburg angeführten Quellenzeugnissen kommen. Die zweite Stelle, die l. 59 § 4 cit. lautet:

---

*) Es bedarf einer besonderen Vereinbarung, da sonst die Parzelle des B — nämlich die ideelle Hälfte für die um die Hälfte verminderte Forderung — weiterhaften würde, denn: pignoris causa est indivisa.

Creditor pignus vendidit: quaero, an, si evicta sit possessio emptori, regressum creditor ad mandatorem habere possit et an intersit, *creditoris jure vendiderit* an communi jure promiserit. Paulus respondit, si creditor ex pretio pignorum debitum consecutus non sit, mandatorem liberum non videri. Ex hoc responso apparet, si evictionis nomine non teneatur proficere eam rem ad liberationem.

In dieser Stelle ist es die Redewendung „creditoris jure vendere“, die Balduinus für geeignet hält, die Lehre, dass das Verkaufsrecht des Gläubigers einen Bestandteil des Pfandrechts selbst bilde, zu unterstützen. Diese Ansicht des Balduinus finde ich nicht gerechtfertigt. Jener Ausdruck besagt, für sich betrachtet, doch weiter nichts als „auf Grund des Pfandgläubigerrechts verkaufen.“ Nun gehören aber, wie wir bereits schon einmal hervorgehoben haben, zu dem Pfandgläubigerrecht, d. h. dem Rechte des Gläubigers aus dem Pfandvertrage, nicht nur das Pfandrecht, sondern auch alle jene Befugnisse, die sich der Gläubiger durch besondere pacta adjecta hat einräumen lassen. Hieraus ergiebt sich, dass „creditoris jure“ keineswegs identisch ist mit „pignoris jure“, welche Identität Balduinus, wie mir scheint, angenommen hat. Ebensowenig wie der in Rede stehende Ausdruck an sich gewährt der Zusammenhang, in welchem er gebraucht wird, einen Anhalt für die Ansicht Balduins.

Unsere Stelle behandelt folgenden Fall: A giebt B den Auftrag, C zu kreditiren. B nimmt den Auftrag an, kreditirt C und lässt sich von ihm ein Pfand geben. Nach Fälligkeit der Forderung verkauft B das Pfand. Es wird nun die Frage aufgeworfen, ob B gegen A Regress nehmen könne, wenn dem Käufer die Pfandsache entwehrt werden sollte. Diese Frage beantwortet unsere Stelle dahin, dass es darauf ankäme, ob der Gläubiger in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger (creditoris jure) verkauft habe oder ob er nach gewöhnlichem Rechte die Eviktionsstipulation eingegangen sei. Im ersteren Falle muss nämlich der Käufer auch dann den Kaufpreis zahlen, wenn ihm die Sache entwehrt wird. Aus dem Kaufpreis befriedigt sich der Gläubiger, mithin hat der Auftraggeber A keinen Regress zu fürchten. Anders, wenn der Gläubiger versprochen hat, wegen Entwehrung haften zu wollen. Wird in diesem Falle dem Käufer der Besitz der Sache entzogen, so braucht er dem Gläubiger den Kaufpreis nicht zu zahlen. Da sonach die Möglichkeit, sich aus dem Kaufpreise Befriedigung zu verschaffen, fortgefallen ist, wird der Gläubiger, sofern der Schuldner

auch jetzt nicht zahlt, berechtigt, Regress gegen den Auftraggeber zu nehmen.*)

In unserem Fragment wird das Entwehrungsversprechen, wie es beim gewöhnlichen Verkaufe vom Verkäufer abgegeben zu werden pflegte, dem „creditoris jure vendere“ gegenübergestellt. Dieser Ausdruck dient demnach, wie wir sehen, dazu, den gewöhnlichen Verkauf von dem Pfandverkauf im technischen Sinne zu unterscheiden;**) diese Anwendung aber lässt einen Schluss auf das Verhältnis des Pfandrechts zum Verkaufsrecht keineswegs zu.

Nicht mehr als die ebenbesprochene Stelle ist die l. 10 D. de distr. pign. (20,5) imstande, die Ansicht von Balduinus zu rechtfertigen. In ihr wird davon gesprochen, dass

> „is, qui *lege pignoris emit*, ob evictionem rei redire ad venditionem non potest.“

Was wir von l. 59 § 4 D. mandati gesagt haben, trifft auch auf diese Stelle zu. Weder der fragliche Ausdruck (lege pignoris emere) an sich noch der Zusammenhang geben einen Anhalt dafür, dass die Römer die Quelle des Verkaufsrechtes des Pfandgläubigers in dessen dinglichem Rechte erblickt hätten. „Lege pignoris emere“ heisst „nach den für das Pfand, d. i. den Verkauf desselben geltenden Rechtsregeln käuflich erwerben.“ Dieser Ausdruck dient in unserer Stelle ebenso wie die Redewendung „creditoris jure vendere“ in der zuvor besprochenen dazu, den Gegensatz hervorzuheben, der zwischen dem Pfandverkaufe und dem gewöhnlichen Verkaufe besteht.

Wir kommen nunmehr zu den von Dernburg angeführten Quellenstellen.

Die erste derselben, l. 42 D. de pign. act. (13,7) lautet in der lectio Florentina wie folgt:

> Papinianus libro tertio responsorum.
>
> Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex *facto*, suum creditor negotium gerat.

Die Schwierigkeit der Auslegung vorliegenden Fragmentes beruht auf den Worten „venditione, quae fit ex *facto*.“ Bis jetzt hat man nicht vermocht, die Stelle in dieser Lesart zu deuten. Man

*) Nach neuestem Justinianischen Recht (nov. 4) würde A als Credit-Mandatar berechtigt sein, auf Grund seines beneficium ordinis die Klage abzuwehren, B würde deshalb zunächst gegen C klagen und dessen Insolvenz feststellen müssen, ehe er gegen A vorgehen würde.

**) Ebenso beispielsweise in l. 11 § 16 D. de act. emti vend. (19,1 und l. 1 C. cred. evict. non deb. (8,45).

hat in verschiedener Weise zu helfen gesucht, Cujacius,*) indem er konjekturirte: „quae fit ex *pacto*"; Haloander, indem er „quae *rite est facta*" gelesen wissen wollte; Gothofredus glaubte durch eine andere Stellung des Kommas zum Ziele zu gelangen: „quae fit, ex facto pp."; Dernburg**) endlich meinte, es müsse heissen: „quae *pignoris jure est facta.*"

Wenn Dernburg's Konjektur richtig wäre, dann würde unsere Stelle allerdings geeignet sein, seiner Ansicht, dass das jus distrahendi aus dem Pfandrecht entfliesse, als Belegstelle zu dienen, denn „jus pignoris" bedeutet „das Pfandrecht", wie u. a. aus folgenden Stellen erhellt:

l. 29 § 2 und 3. l. 31 § 1 D. de pignoribus et hypothecis (20,1),
l. 1 § 2. l. 9 pr. D. quae res pign. (20,3),
l. 21 § 1 D. qui pot. (20,4),

es bedeutet nicht etwa „Recht aus dem Pfandvertrag", auf welchen Gedanken man vielleicht kommen könnte in Hinblick darauf, dass der Pfandvertrag im allgemeinen und der Faustpfandvertrag im besonderen häufig schlechthin „pignus" genannt wird. „Venditio, quae pignoris jure est facta" würde sonach bedeuten: „der Verkauf, der auf Grund des Pfandrechts vorgenommen wurde". Allein Dernburg's Konjektur ist nicht richtig.

Dernburg meint, in der Handschrift, die dem Abschreiber vorgelegen habe, sei in Abkürzungen geschrieben gewesen „$\overline{PI}$ $\bar{E}$ *FACT*", und hieraus sei durch Missverständnis des Abschreibers „*FIT EX FACTO*" geworden. Gegen diese Meinung spricht folgende Erwägung.

Wenn wir annehmen, dass jene Abkürzungen im Originale wirklich gestanden haben, so müssen wir notwendigerweise auch der Ansicht sein, dass derartige Abkürzungen nicht selten, sondern häufiger vorgekommen sind. Hieraus würde folgen, dass zum Abschreiben nur jemand genommen werden konnte, der im Entziffern derartiger Abkürzungen Fertigkeit besass. Und dass sie der Abschreiber thatsächlich besessen hätte, würden wir daraus entnehmen, dass er sich sonst nicht versehen hat. Nach alledem müsste man fragen: Warum soll der Abschreiber, der, wie logischer Weise vorausgesetzt werden muss, im Entziffern der Abkürzungen grosse Fertigkeit besessen und, dass er sie besessen, auch bewiesen hat, sich gerade bei der inredestehenden Stelle versehen haben?

---

*) Vgl. Oper. tom. III S. 1118, IV S. 830.

**) Vgl. das Pfandrecht pp. Bd. II S. 218.

Ebensowenig wahrscheinlich die Dernburg'sche Konjektur ist, ebensosehr ist es die von Cujaz. Wie leicht erklärlich ist es, dass durch Flüchtigkeit des Abschreibers aus einem schlechtgeschriebenen *P* der Vorlage ein *F* geworden ist! Und welch guten Sinn hat diese Lesart! „Venditio quae fit ex pacto" ist der Verkauf, der auf Grund des pactum de distrahendo stattfindet, welches der Gläubiger seiner Zeit geschlossen hat.

Es fragt sich nun aber, ob sich nicht aus dem Inhalte des Fragmentes ein Für oder Wider zu Gunsten oder Ungunsten der einen oder anderen Konjektur ergiebt. Dies ist nicht der Fall. Unsere Stelle behandelt die Frage: Warum muss der Pfandgläubiger den Kaufpreis vollständig beitreiben? Warum darf er sich nicht damit begnügen, soviel beizutreiben, als er zu seiner eigenen Befriedigung bedarf, und hinsichtlich des superfluum den Käufer dem Schuldner zu delegiren? Dernburg meint: weil das Recht, das Pfand zu verkaufen, aus seinem Pfandrecht entflossen, mithin der Pfandverkauf eine eigene Angelegenheit des Pfandgläubigers sei. Dies ist nicht richtig. Der Jurist giebt den Grund, weshalb er den Pfandverkauf ein „eigenes Geschäft" des Gläubigers nennt, überhaupt nicht an. Hätte er ihn darin gefunden, worin ihn Dernburg erblickt, so würde er haben sagen müssen: „cum in venditione creditor gerat suum negotium, quia pignoris jure fit"; er hat diesen Gedanken aber gar nicht ausdrücken wollen, wie wir alsbald sehen werden.

In l. 12 § 6 D. qui pot. in pign. (20,4) entscheidet Marcian, dass der zweite Pfandgläubiger, wenn er in Ausübung des jus offerendi den ersten Gläubiger wegen Forderung und Zinsen befriedigt hat, keine Zinsen von den gezahlten Zinsen fordern könne, denn: „*non* negotium *alterius*, sed *magis suum* gessit." Marcian beruft sich bei dieser Begründung auf Papinian, der sich im dritten Buche seiner Responsen im gleichen Sinne geäussert habe („et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit.") Nun ist aber l. 42 D. de pign. act. dem dritten Buche der Papinianischen Responsen entnommen. Man geht deshalb, glaube ich, nicht fehl, wenn man annimmt, dass Marcian bei seinem Hinweis auf Papinian gerade jene Stelle im Auge gehabt hat, die in der justinianischen Kompilation die l. 42 D. de pign. act. bildet. Marcian sagt: „creditor non alterius negotium gessit, sed magis suum." Ebendies, nicht mehr hat nach seiner Ansicht Papinian gesagt und sagen wollen. Papinian hat nicht geahnt, dass jemand auf den Gedanken kommen könnte, in seinen leicht hingeworfenen Worten: „suum creditor negotium

gessit“ sei eine grundlegende Theorie vom Wesen des Pfandrechts ausgesprochen. Wie gut war es aber, dass Marcian sich etwas deutlicher ausdrückte, dass er den Sinn des „suum“ durch Einfügung des den Gegensatz darstellenden „non alterius“ erläuterte und ein beschränkendes „magis“ davorsetzte! Die Worte „suum creditor negotium gessit“ in l. 42 D. de pign. act. (13,7) bedeuten sonach: „Der Gläubiger handelt beim Pfandverkaufe nicht als Mandatar oder Geschäftsführer ohne Auftrag (negotiorum gestor), sondern er handelt in erster Linie für sich selbst.

Das Wörtchen „magis“ in l. 12 § 6 D. qui pact. (20,4) darf in seiner Bedeutung nicht unterschätzt werden. Es weist darauf hin, dass der Pfandverkauf von den römischen Juristen nicht lediglich als ein „negotium suum“ des Gläubigers, sondern auch als ein solches des Schuldners angesehen wurde, was es ja auch in der That ist, wie jedem sofort einleuchtet. Handelt es sich doch in der Regel um Eigentum des Schuldners, welches verkauft werden soll, stets aber um eine teilweise oder vollständige Tilgung seiner Schuld aus dem beim Verkaufe erzielten Erlös, ist er deshalb doch pekuniär daran interessirt, dass beim Verkauf des Pfandes in Treuen verfahren und nichts ausser Acht gelassen werde, was zur Erzielung eines möglichst günstigen Resultates notwendig ist. Die römischen Juristen, die eben erklärt haben, der Pfandverkauf sei ein „eigenes Geschäft“ des Gläubigers, sprechen deshalb an anderen Stellen davon, dass der Gläubiger „quasi debitoris“ verkaufe, dass „quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset.“ *) Sie heben eben, jenachdem es der Zusammenhang erfordert, bald den einen, bald den anderen Gesichtspunkt hervor.

Ziehen wir das Facit aus der vorstehend angegebenen Auslegung der l. 42 D. de pign. act., so ist es dies, dass Dernburg's Konjektur in dem Inhalte der Stelle keine Unterstützung findet. Ohne sie ist aber unser Fragment nicht geeignet, die Lehre zu unterstützen oder zu beweisen, dass die Verkaufsbefugnis ein wesentlicher Bestandteil des Pfandrechts selbst sei.

Wir erwähnten soeben die l. 5 § 3 de reb. eor. qui (27,9). Diese hat in Verbindung mit der schon von Balduinus citirten l. 7 § 1 desselben Titels Dernburg zu der Aeusserung veranlasst: „Ulpianus findet, dass die Creditoren, indem sie „ „debitoris fundum vendunt, doch jus suum exsequuntur.“ “ **)

*) Vgl. l. 5 § 3 D. de reb. eor. qui (27,9) und l. 29 D. fam. ercisc. (10,2).

**) Vgl. d. Pfandrecht pp. Bd. II Seite 112, Pandekten Bd. I § 280 Anm. 8.

Die beiden Stellen lauten wie folgt:

Erstens l. 5 § 3:

Ulpianus libro XXXV ad edictum.

Si fundus pupillo pigneratus sit, an vendere tutores? hunc enim quasi debitoris, hoc est alienum vendunt. si tamen impetraverat pupillus vel pater ejus, ut jure dominii possideant consequens erit dicere non posse distrahi quasi praedium pupillare. idemque et si fuerit ex causa dammi infecti jussus possidere.

Zweitens l. 7 § 1:

Ulpianus libro XXXV ad edictum:

Si pupillus dedit pignori ex permissu praetoris, nonnulla erit dubitatio, an alienatio possit impediri. sed dicendum est posse creditorem jus suum exsequi: tutius tamen fecerit, si prius praetorem adierit.

Wie aus diesen Stellen erkennbar sein soll, dass die römischen Juristen der Ansicht gewesen seien, das jus distrahendi bilde einen Bestandteil des dringlichen Rechts des Pfandgläubigers, ist mir unerfindlich.

Die erste Stelle spricht davon, dass die Vormünder, wenn sie das dem Mündel verpfändete Grundstück verkaufen, „quasi debitoris, hoc est alienum, vendunt," d. h. „dass sie anstelle des Schuldners, mithin ein fremdes Grundstück verkaufen." Die Worte „quasi debitoris" und „alienum" weisen darauf hin, dass es sich nicht um eine Sache handelt, die im Eigentum des Mündels steht. Weil dies nicht der Fall ist, deshalb bedarf es zum Verkaufe des dem Mündel verpfändeten Grundstückes der Genehmigung des Prätors nicht. Anders, wenn der Mündel oder für ihn sein Vater die dominii impetratio erwirkt hatte, oder wenn er sich damni infecti nomine (ex secundo decreto) in den Besitz hatte einweisen lassen, denn in diesen Fällen war ja der Pupillus Eigentümer geworden.

Die zweite Stelle enthält einen Fall, in welchem der Pupill nicht Gläubiger, sondern Schuldner ist. Es fragt sich, ob der Gläubiger, wenn zur Verpfändung des dem Pupill gehörigen Grundstücks die prätorische Erlaubnis erteilt worden ist, zum Verkaufe eine weitere Erlaubnis einholen müsse. Der Jurist verneint diese Frage, ganz mit Recht. Denn wenn der Prätor in die Verpfändung eingewilligt hat, ohne die Eingehung eines pactum de non distrahendo vorzuschreiben, so hat er zugleich stillschweigend die Erlaubnis zum Verkaufe erteilt, da ja dem Pfandvertrag nach dem zu Ulpian's Zeiten geltenden Rechte die Verkaufsklausel still-

schweigend innewohnt. Mehr praktischen Erwägungen folgend, als theoretisch korrekt handelnd, fügt der Jurist seiner Entscheidung noch die Worte hinzu: „besser aber thäte der Gläubiger, wenn er trotzdem den Prätor um die Erlaubnis anginge.“

Inwiefern man zum Verständnis der letzteren Stelle der ersteren bedarf, die nicht einmal einen äusserlichen Schimmer eines Zeugnisses für die fragliche Lehre enthält, vermag ich nicht einzusehen; ebensowenig kann ich in dem Satz aus dem zweiten Fragment „sed dicendum est posse creditorem jus suum exsequi“ in Hinblick darauf, dass dieser Satz die Antwort auf die Frage bildet: „an alienatio possit impediri?“ etwas anderes erblicken als die einfache Erklärung: „Nein, der Gläubiger darf *verkaufen*.“

Unter „jus suum“ ist das jus distrahendi zu verstehen. Woher dies dem Gläubiger erwachse, darüber stellt Ulpian keine Betrachtungen an. Die Worte „jus suum exsequi“ sind schlicht und einfach, für die Ansicht, dass in ihnen der Satz ausgesprochen sei, das jus distrahendi bilde einen Bestandteil des Pfandrechts, fehlt es m. E. an dem leisesten Hinweis.

Was von den soeben erörterten Stellen gesagt ist, trifft vollständig auch auf l. 13 D. de distract. pignor. (20,5) zu.

Dieselbe lautet:

> Paulus libro primo decretorum.
>
> Creditor qui *jure suo* pignus distrahit, *jus suum* cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.

Dernburg versteht unter „*jure suo*“ und „*jus suum*“ das Pfandrecht des Gläubigers. Ich kann dieser Ansicht nur teilweise beistimmen. Unter dem an zweiter Stelle stehenden „*jus suum*“ ist das aus dem Pfandrecht entspringende dingliche Klagerecht, dahingegen unter „*jure suo*“ das jus distrahendi zu verstehen. Die Redewendung „jure suo distrahere“ bedeutet demnach „das Pfand auf Grund der Pfandverkaufsbefugnis verkaufen.“ Von dieser naheliegenden Erklärung abzugehen liegt kein Grund vor, auch der Inhalt unserer Stelle zwingt durchaus nicht dazu, der Ansicht Dernburg's zu sein. Die Stelle besagt nämlich, dass, wenn der Gläubiger die Pfandsache als Pfandsache verkauft, oder, anders ausgedrückt, wenn er beim Verkaufe darauf hinweist, dass es sich nicht um einen gewöhnlichen Verkauf, sondern um einen Pfandverkauf handelt, er alsdann für Eviktion nicht hafte. Nicht dafür hat er aufzukommen, dass der Käufer den Besitz behalten darf, sondern lediglich dafür, dass er denselben erhält. Deshalb ist er verpflichtet, wenn er

selbst im Besitze der Sache ist, sie dem Käufer zu übergeben, besitzt er sie nicht, ihm die actio hypothecaria abzutreten, damit sich der Käufer mit deren Hülfe alsdann selbst in den Besitz der Sache zu bringen vermag.

Schliesslich kommen wir zur l. 9 D. de distr. pign. (20,5), welche lautet:

> Paulus libro tertio quaestionum.
> Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset. putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum, quia *ex necessitate facta* venditio non liberat debitorem nisi pecunia percepta.

Dernburg findet in den Worten: „venditio ex necessitate facta" einen Beweis dafür, dass „die Verkaufsbefugnis als etwas dem Vertragspfand von selbst Innewohnendes, als etwas *Notwendiges* angesehen wurde.*) M. E. enthalten diese Worte die nichts weniger als inhaltsschwere Bemerkung: „wenn der Gläubiger notgedrungen von seinem Verkaufsrecht Gebrauch gemacht hat." Der Gläubiger ist nicht zum Verkaufe genötigt beispielsweise, wenn der Schuldner zu zahlen bereit ist, aber aus einem berechtigten Grunde nicht zahlt, oder wenn dem Pfandgläubiger eine fruchttragende Sache verpfändet worden ist, aus deren Früchten er sich in absehbarer Zeit befriedigen kann. Wenn in solchen Fällen der Gläubiger das Pfand veräussert, so fordert die Billigkeit, dass ihm der Kaufpreis auch dann angerechnet wird, wenn er ihn vom Käufer nicht erlangen kann, denn in solchen Fällen liegt eine culpa schon im blossen Verkaufe,**) mag der Gläubiger auch die Verkaufsbefugnis besessen haben. Es lässt sich unserer Stelle mit leichter Mühe der Satz entnehmen: Si venditio non ex necessitate est facta, creditor in culpa est itaque liberatur debitor, etiamsi pretium creditor ab emptore servare non potuit.

Wir sehen, aus den Quellen lässt sich die Lehre, dass das jus distrahendi dem Pfandrecht wesentlich sei, nicht begründen, und mit gutem Recht bemerkt Rygerbos:†)

> „sane nullus, quantum equidem scio, in jure reperietur locus, ubi docetur, in tantum de natura pignoris illam vendendi

*) Vgl. das Pfandrecht pp. Bd. I S. 87.

**) l. 5 C. de distract. pign. 8,27 (28) nennt im ersterwähnten Fall den Verkauf eine „improba venditio" und bestimmt für diesen Fall, dass es dem Schuldner sogar freistehen solle, die rei vindicatio anzustellen.

†) a. a. O. S. 131.

facultatem fuisse factam, ut nunquam cum effectu istiusmodi pactum [nämlich ut creditor distrahere pignus non posset] adjici potuerit."

Dahingegen besitzen wir eine Reihe von Quellenstellen, welche bezeugen, dass die Römer auch Pfandverhältnisse kannten, in denen der Gläubiger die Verkaufsbefugnis nicht besass, und diese Befugnis nach ihrer Ansicht vom Pfandrecht vollkommen unabhängig war. Solche Stellen sind

l. 1 pr. C. si vend. pign. 8,29;

l. 8 § 5 D. de pign. act. 13,7;

l. 12 § 10 D. qui potiores 20,4;

l. 4 C. de actione pign. 4,24.

Auf diese Stellen gehen wir später näher ein, wenn wir zeigen werden, dass das pactum de non distrahendo pignore gültig ist. Hier soll noch ein Grund angeführt werden, der gegen die Lehre spricht, dass die Verkaufsbefugnis dem Pfandrecht wesentlich sei.

Wir wissen, dass nach römischem Recht beim Fehlen eines wesentlichen Bestandteiles der gewollte Vertrag nicht zustande kommt, dass das Rechtsgeschäft vielmehr null und nichtig ist, sofern es nicht etwa durch Konversion aufrecht erhalten werden kann. Aus diesem Grunde müsste der Ausschluss der Verkaufsbefugnis, wenn letztere dem Pfandrecht wesentlich wäre, die Nichtigkeit des Pfandvertrages nach sich ziehen, da diesem die Einigung über einen wesentlichen Bestandteil des durch ihn zu erzeugenden Rechtsverhältnisses mangeln würde. Weit davon entfernt, zu diesem Ergebnis zu gelangen, sollen die Römer nach der herrschenden Meinung beim Ausschluss des jus distrahendi pignoris nicht dem fehlerhaften Pfandvertrage, sondern der das Verkaufsrecht ausschliessenden Vertragsbestimmung die Wirkung versagt haben, aber merkwürdigerweise nicht bedingungslos, sondern unter der Voraussetzung dreifacher Mahnung des Schuldners durch den Gläubiger. Sonach würde die Rechtsordnung zunächst ein Pfandrecht erzeugen, das in ihren eigenen Augen — paradox ausgedrückt — kein Pfandrecht wäre, ein noch nicht ausgereiftes Pfandrecht; das Vollpfandrecht würde erst zur Entstehung gelangen nach einer weiteren und zwar, was wiederum höchst auffällig erscheinen muss, einseitigen Thätigkeit des Gläubigers. Wir hätten sonach zwei Pfandrechte, ein — wenn der Ausdruck erlaubt ist — embryonenhaftes und ein vollentwickeltes.

Wie ferner, wenn nicht in continenti, sondern erst später, nach Abschluss des Pfandvertrages, das pactum de non vendendo eingegangen worden ist? Nach dem Prinzipe, welches das römische Recht für die pacta contra jus posita aufstellt, würde ein solcher Vertrag nichtig sein, wenn er dem Wesen des Pfandrechts zuwiderliefe; die herrschende Lehre dagegen führt dazu, auch in diesem Falle die Nichtigkeit des pactum von einer dreimaligen vorgängigen Mahnung abhängig zu machen. Während also dort der Vertrag aufrecht erhalten wird, obwohl ihm ein essentiale fehlt, während dort ein Pfandrecht zur Entstehung gelangt, welches eigentlich kein Pfandrecht ist, da ihm ein wesentlicher Bestandteil desselben fehlt, wird hier der gegen ein Rechtsprinzip verstossende Vertrag aufrecht erhalten, es bedarf einer dreimaligen Mahnung, um seine Wirkung aufzuheben. Von diesen höchst auffälligen und absonderlichen Abweichungen von wichtigen Prinzipien wird in den einschlagenden Titeln de pactis und de pactis pignorum auch nicht das Geringste erwähnt, ebensowenig weiss das Corpus juris etwas von einem Pfandrecht, dem ein wesentlicher Bestandteil des eigentlichen Pfandrechts fehlt.

Gegen diese Lehre, dass das jus distrahendi dem Pfandrecht wesentlich sei, sind denn auch selbst in den Reihen jener Stimmen laut geworden, welche annehmen, das pactum de non distrahendo werde durch dreimalige Mahnung unwirksam. So erklären sich gegen dieselbe:

Büchel, civilrechtliche Erörterungen, 2. Auflage, Bd. I S. 195—196,

Sintenis, Lehrbuch des gemeinen Pfandrechts S. 504—505,

Bachofen, das röm. Pfandrecht S. 273,

Bremer, das Pfandrecht pp. S. 19—24.

Cap. IV.

Quellenmässiger Beweis der Gültigkeit des pactum de non distrahendo.

Haben wir im Vorstehenden gezeigt, dass die herrschende Lehre über die rechtliche Wirkung und Bedeutung des pactum de non distrahendo nicht aufrecht erhalten werden kann, so wird es nunmehr unsere Aufgabe sein, zu zeigen, dass nach römischem Recht jenes pactum gültig ist und dem Pfandgläubiger die Verkaufsbefugnis entzieht.

Quellenstellen, die bezeugen, dass eine ausdrückliche Verkaufsverbotsklausel die genannte Wirkung erzielt, sind

l. 7 C. de distr. pign. (8,27) und

l. 4 D. de pign. act. (13,7).

Die erstgenannte Stelle lautet:

> *Si* cessante solutione *creditor* non *reluctante lege contractus* ea quae pignori sibi nexa erant *distraxit, revocari venditionem* iniquum est, cum si quid in ea re frandulenter fecerit, non emptor a te, sed creditor conveniendus est.

Wir haben oben bereits gesehen, dass die Stelle besagt: der Pfandverkauf ist gültig, sofern ihm kein pactum de non distrahendo entgegensteht. Der Pfandschuldner hat sich deshalb lediglich an den Gläubiger zu halten, wenn dieser beim Pfandverkauf betrügerisch gehandelt hat; die rei vindicatio gegen den Käufer steht ihm nicht zu. Mit Hülfe eines argumentum a contrario erhält man aus unserer Stelle den Satz: ***Si creditor reluctante lege contractus*** [d. h. ein pactum de non distrahendo pignore] ***pignora distraxit, revocatur venditio.***

Mit klaren Worten wird auch in jenem Fragmente die Gültigkeit des pactum de non distrahendo bezeugt, welches von der herrschenden Lehre zum Beweise des Gegenteils angeführt wird, nämlich in l. 4 D. de pign. act. (13,7). Ulpian erklärt in diesem Fragment:

> „..... venditio valet ..... si modo non convenit, ne liceat [sc. distrahere]".

Hieraus ergiebt sich p. arg. a contr. der Satz: ***venditio non valet, si convenit, ne liceat distrahere.***

Zwei andere Stellen der Digesten gehen noch weiter. Aus ihnen erhellt, dass es nicht einmal eines ausdrücklichen pactum de non distrahendo bedarf, um dem Gläubiger die Verkaufsbefugnis zu entziehen, dass es vielmehr genügt, wenn bei Eingehung des Pfand-

vertrages der Wille der Parteien auf Nichteinräumung dieser Befugnis gerichtet war. Die l. 8 § 4 D. de pign. actione (13,7) bestimmt:

> De vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes contineantur: sed et si creditoris dumtaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres ejus *jure vendet, si nihil in contrarium actum est.*

Diese lex enthält also die Vorschrift, dass wenn alle, d. h. sowohl die Gesammt- als die Einzelnachfolger die Pfandverkaufsbefugnis besitzen sollen, so muss die Verkaufsklausel allgemein, d. h. ohne Nennung des Namens des augenblicklichen Gläubigers abgefasst werden. Ist die Verkaufsbefugnis nur dem derzeitigen Pfandgläubiger persönlich eingeräumt worden, so ist ausser ihm nur noch der Erbe berechtigt, das Pfand zu verkaufen, und sogar dieser ist ausgeschlossen, wenn die Absicht der Parteien *in contrarium* d. h. auf „ne heredi creditoris liceret pignus distrahere" gerichtet war. Hieraus ergiebt sich der Satz: ***non jure vendet creditor, si actum est, ne ei liceret distrahere.***

Derselbe Satz findet sich ausgesprochen in l. 3 D. quae res pign. (20,3). Dort heisst es:

> .... si antiquior creditor de pignore vendendo cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed *cum hoc ageretur, ne posset vendere,* videamus, an dici possit huc usque *transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat.* quod admittendum existimo: saepe enim quod quis *ex sua persona non habet,* hoc per extraneum habere potest.

Nur um deswillen erkennt unsere Stelle dem späteren Pfandgläubiger das Verkaufsrecht zu, weil er durch hypothekarische Succession in die Stelle des früheren eingerückt war: ex sua persona ***non habet jus distrahendi pignoris, cum hoc actum sit, ne posset vendere.*** Diese Stelle lässt deutlich erkennen, dass schon ein stillschweigendes pactum de non distrahendo pignore genügt, um des Gläubigers Verkaufsrecht auszuschliessen. Ist aber stillschweigender Ausschluss anerkannt, so muss ein ausdrücklicher Ausschluss erst recht wirksam sein.

Wenn in keiner der angeführten Gesetzesstellen die Gültigkeit der Verkaufsverbotsklausel in positiver Form ausgesprochen wird, so kann dies nicht auffällig erscheinen, ebensowenig wie die geringe Zahl der uns zu Gebote stehenden Gesetzesstellen. Die Gültigkeit des pactum de non distrahendo entspricht dem Principe „pacta sunt servanda", sie war den Römern umso selbstverständlicher, als das

jus distrahendi überhaupt erst ziemlich spät — ungefähr zu Zeiten des Kaisers Alexander Severus — ein gewöhnlicher Bestandteil des Pfandvertragsrechts geworden war. Die herrschende Lehre hingegen bedeutet ein Abweichen von dem genannten Prinzip, und deshalb ist man berechtigt, von ihr ein reichhaltigeres Quellenmaterial zu erwarten, als wir es selbst bedürfen. Aber das unsrige ist noch nicht einmal vollständig erschöpft. Es giebt eine Reihe von Stellen, die z. T. erkennen lassen, dass der Pfandgläubiger keineswegs immer die Verkaufsbefugnis besitzt, z. T. dass diese Befugnis vom Pfandrecht unabhängig ist. Da nun die Erscheinung, dass der Gläubiger die Verkaufsbefugnis nicht besitzt, nur auf ein pactum de non distrahendo zurückgeführt werden kann, da es ferner an jedem Grunde fehlt, diesem Nebenvertrage die Gültigkeit zu versagen, wenn das Verkaufsrecht vom Pfandrecht unabhängig, mithin ihm nicht wesentlich ist, so beweisen jene Stellen mittelbar die Gültigkeit der Verkaufsklausel, während sie unmittelbar die Unrichtigkeit der Lehre darthun, die im Verkaufsrecht einen wesentlichen Bestandteil des Pfandrechts erblickt.

Als erste dieser Stellen ist zu nennen l. 1 pr. C. si vend. pign. agat. (8,29). Diese Konstitution des Kaisers Alexander Severus spricht von einem

„*creditor, cui jus distrahendi pignora fuit.*“

Es erhellt hieraus, dass nach Ansicht des Kaisers die Möglichkeit nicht ausgeschlossen war, dass „*creditori jus distrahendi pignora* ***non*** *fuit*“.

In const. 2 des nämlichen Titels wird ein Gläubiger erwähnt, der „nullo jure“ verkauft hat. Man wird nicht fehlgehen, wenn man in Hinblick auf die voraufgehende Stelle annimmt, dass im Sinne der Kompilatoren unter dem Gläubiger, welcher „nullo jure“ verkauft hat, in erster Linie ein solcher zu verstehen ist, „cui jus distrahendi pignora ***non*** fuit“

Eine dritte Stelle, die l. 8 § 5 D. de pign. act. (13,7) bestimmt:

> „*Cum pignus* ex pactione *venire potest*, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob cetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt.

Dieses Fragment hat zunächst ein rechtsgeschichtliches Interesse, indem es zeigt, dass zur Zeit des Autors desselben, Pomponius, nur im Falle eines ausdrücklichen pactum de vendendo verkauft werden konnte. Vom Standpunkt der Kompilatoren aus müssen wir die Worte „ex pactione“ dahin verstehen: „auf Grund einer, sei es ausdrücklichen, sei es stillschweigenden Einräumung“.

Die Worte „*cum* pignus venire *potest*“ zeigen, dass nicht in allen Fällen des pignus conventionale verkauft werden durfte.

L. 12 § 10 D. qui potiores (20,4) bemerkt, dass wenn von zwei Pfandgläubigern der frühere sich die Verkaufsbefugnis nicht ausbedungen hat, während der spätere dies gethan hat, dennoch der frühere als der stärkere angesehen werden müsse, wie es ja auch anerkannt sei, dass dem Pfandrecht des früheren Pfandgläubigers der Vorrang auch dann gebühre, wenn die Pfandsache nicht ihm, sondern dem späteren übergeben worden wäre. Die Stelle lautet:

> Marcianus, libro singulari ad formulam hypothecariam.
> Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est priorem potiorem esse: nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse.

Marcian's Entscheidung widerspricht der herrschenden Lehre vom Wesen des Pfandrechts offensichtlich. Ihr zufolge ist der frühere Pfandgläubiger, obwohl er das jus distrahendi nicht besitzt, dennoch der stärkere. Der Grund liegt auf der Hand. Das jus distrahendi hat mit dem Wesen des Pfandrechts nichts zu thun und bestimmt deshalb auch nicht die Stärke d. h. den Rang der Pfandrechte, ebensowenig wie der Besitz (wohlgemerkt: im Falle zeitlich aufeinanderfolgender Pfandrechte) auf den Rang derselben von Einfluss ist.

Diese Stelle ist aber nicht nur ein Zeugnis gegen die herrschende Lehre vom Wesen des Pfandrechts, sondern sie beweist gleichzeitig, dass es möglich ist, dass ein Pfandgläubiger die Verkaufsbefugnis nicht besitzt. Der Satz: „si nihil de venditione convenerit“ ist ebenso zu verstehen wie in l. 3 D. quae res pignori (20,3) die Worte: „creditor pactum de distrahendo omisit“. Wie dort, so ist auch in dem uns jetzt vorliegenden Falle die Verkaufsbefugnis um deswillen nicht eingeräumt worden, weil nach der Absicht der Parteien nicht sollte verkauft werden dürfen. Keineswegs darf man die l. 12 § 10 so verstehen, als ob sie besage: Wenn der frühere Gläubiger sich die Verkaufsbefugnis nicht ausdrücklich ausbedungen hat, während dies der spätere gethan hat, so ist dennoch der frühere der stärkere, und zwar deshalb, weil auch er trotz des Fehlens eines ausdrücklichen pactum de vendendo die Verkaufsbefugnis besitzt. Einmal würde, wenn wir annehmen, dass beide die Verkaufsbefugnis besitzen, die Erklärung, dass das ausdrückliche pactum de vendendo, im Gegensatz zum stillschweigenden, den späteren Gläubiger nicht

zum stärkeren macht, etwas rein Selbstverständliches enthalten, aber vor allem würde hierzu die Begründung nicht stimmen:

> nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori tradatur, adhuc potiorem esse.

Der Gegensatz von „die Sache tradirt erhalten" ist „sie nicht tradirt erhalten"; der Gegensatz von „die Verkaufsbefugnis besitzen" ist „dieselbe nicht besitzen". Dieser Gegensatz würde nicht vorliegen, wenn man „nihil convenisse" anders, als wie wir es verstanden haben, auslegt. Denn wenn dieses die von uns ihm beigelegte Wirkung, nämlich des Ausschlusses des jus distrahendi, nicht hätte, so würde dasselbe keinen wirklichen, inneren, sondern nur einen lediglich äusserlichen Gegensatz zum „convenisse" bilden. Auf diesen äusseren Gegensatz aber ein so besonderes Gewicht gelegt zu haben, können wir einem Juristen des klassichen Zeitalters der römischen Jurisprudenz, wie Marcian, nicht zumuten.

Dass das jus distrahendi vom Pfandrecht unabhängig ist, ergiebt sich aus l. 4 C. de actione pigner. (4,24). In dieser Konstitution erklärt der Kaiser Alexander Severus:

> Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret, non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem.

Der Kaiser Alexander Severus nennt das pactum de vendendo ein pactum „vulgare", eine allgemein übliche Vertragsklausel. Diese Redewendung an sich allein zeigt schon, dass die herrschende Lehre nicht richtig sein kann, nach der die Verkaufsbefugnis einen Bestandteil des Pfandrechts selbst bildet. Jene Lehre stützt sich, wie wir oben gesehen haben, vor allem auf l. 4 D. de pign. act. (13,7), einem von Ulpian herrührenden Fragmente. Wäre sie richtig, so bliebe es unbegreiflich, warum man zur Zeit des Kaisers Alexander Severus und Ulpian's, die ja beide zu gleicher Zeit gelebt haben, allgemein ausdrückliche pacta de vendendo abschloss. Ich glaube, letztere würden sehr wenig üblich gewesen sein, zumal da zwischen dem Pfandvertrag mit ausdrücklicher Verkaufsklausel und dem ohne solche damals der bedeutende Unterschied hinsichtlich ihrer Wirkung nicht bestand, den die l. 3 C. de jure dom. impetr. einführte. Die Bezeichnung des pactum de vendendo als eines allgemein üblichen zeigt vielmehr nur an, dass zu jener Zeit die Entwickelung des Verkaufsrechtes aus einem accidentale zu einem naturale pignoris angebahnt wurde, indem das Bedürfnis des Verkehrs auf diese Wandlung hindrängte.

Geht schon hieraus hervor, dass das jus distrahendi jedenfalls kein essentiale pignoris geworden war, so erhellt dies ferner auch aus den Worten des Kaisers:

„non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem".

Die actio pigneraticia ist der Inbegriff aller Rechte, die dem Schuldner aus dem Pfandvertrage zustehen, insonderheit bezeichnet sie das Recht des Schuldners, nach Tilgung der Pfandschuld die Rückgabe der Pfandsache vom Gläubiger zu verlangen. Wenn demnach der Kaiser Alexander Severus gefragt wurde, ob nicht die Verkaufsklausel die actio pigneraticia entziehe, so zeigt diess dass der Fragesteller, weit entfernt im Verkaufsrecht des Gläubiger, einen Bestandteil des Pfandrechts selbst zu erblicken, vielmehr einen Gegensatz empfand zwischen dem Verkaufsrecht des Gläubigers einerseits und dem Rechte des Schuldners aus dem Pfandvertrage andererseits. Es widersprach seinem juristischen Denken und Empfinden, dass wenn die das Aufleben des Verkaufsrechts aufschiebende Frist abgelaufen war — si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset —, gleichzeitig neben einander der Gläubiger berechtigt sein sollte, das Pfand an wer weiss wen zu verkaufen, und der Schuldner, es vom Gläubiger zurückzufordern; er meinte, das eine müsse das andere ausschliessen, der Schuldner dürfe nach Ablauf der Frist das Pfand nicht mehr zurückfordern können.

Die Antwort nun, welche Alexander Severus dem Fragesteller zuteil werden lässt, stellt lediglich fest, dass ein Gegensatz zwischen dem Verkaufsrecht des Gläubigers und dem Rechte des Schuldners aus dem Pfandvertrage nicht bestehe, sondern dass beide Rechte sehr wohl nebeneinander bestehen könnten; die Frage, in welchem Verhältnisse das Recht des Gläubigers, das Pfand zu verkaufen, zum Pfandrechte selbst stehe, berührt sie dagegen nicht. Mir beweist dies, das Alexander Severus das Verkaufsrecht als einen Bestandteil des Pfandrechts selbst nicht angesehen hat. Hätte er es gethan, so würde ihn der schroffe Gegensatz zwischen seiner Ansicht und der des Fragestellers sicherlich zu einer Erklärung über das Verhältnis jener beiden Rechte veranlasst haben.

Cap. V.

Beantwortung verschiedener anknüpfender Fragen.

An vorstehende Untersuchungen knüpfen eine Reihe von Fragen an, von denen die wichtigsten hier in Kürze beantwortet werden sollen, zunächst die nach dem Wesen des Pfandrechts.

Nach Justinianischem Recht besteht das Wesen des Pfandrechts darin, dass es dem Gläubiger für die Befriedigung seiner Forderung Sicherheit gewährt.*) Die Befriedigung zu sichern, nicht sie herbeizuführen, bildet den Zweck und das Wesen des Pfandrechts. Dieser Zweck ist allen dem Justinianischen Rechte bekannten Arten des Pfandrechts gemeinsam, sowohl dem auf Privatwillenserklärung gegründeten Pfandrecht, als den verschiedenen Arten richterlichen Pfandrechts, als auch schliesslich dem gesetzlichen Pfandrecht.

Allerdings diente das pignus jenem Zwecke noch nicht, als es sich noch nicht zu einem dinglichen Rechte entwickelt hatte und lediglich die Personalexekution bekannt war. Damals war das pignus nur ein Retentionsrecht, dazu bestimmt, einen Druck auf den Schuldner auszuüben. Dahingegen setzte die Erreichung des Sicherungszwecks nicht die Einführung der Zwangsvollstreckung in einzelne Stücke des Vermögens voraus, sondern auch schon zu der Zeit, als man nur erst die Realexekution in das gesamte Vermögen kannte, sicherte das pignus dem Gläubiger die Befriedigung für seine Forderung. Denn wenn Dritte die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners betrieben, so bewirkte das Pfandrecht die vorzugsweise Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse seiner Pfänder; war es der Gläubiger selbst, der gegen den Schuldner vorging, so diente das Pfandrecht insofern dem Sicherungszwecke, als es die Existenz einer Konkursmasse garantirte. Die Konkursmasse bestand zum wenigsten aus den Pfandstücken. Nachdem sich aber das pignus zu einem Sicherungsrechte entwickelt hatte, lag es nahe, dass der Pfandgläubiger auf Mittel und Wege sann, die ihn nach Fälligkeit der Forderung zur Befriedigung selbst

*) Puntschart definirt m. A. n. sehr richtig das pignus als „denjenigen dinglichen Rechtsverband, durch welchen eine Person mit einem fremden vermögensrechtlichen Rechtsverband zu dem Zwecke rechtlich verbunden wird, dass derselbe mit seinem wirthschaftlichen Inhalt für eine Forderung derselben hafte".

Vgl. die moderne Theorie des Privatrechts pp. (Leipzig 1893) S. 274—275.

Vom Standpunkt des Justinianischen Rechts aus kann man das Pfandrecht als dasjenige dingliche Recht bezeichnen, welches dem Gläubiger ein Zwangsvollstreckungsobjekt vorbehält.

führten, ohne dass es des viel Zeit und Mühe erfordernden Umweges der Generalexekution bedurfte. Der nächstliegende Weg war der, dass der Gläubiger mit dem Pfandvertrage eine lex commissoria verband. Dieser Weg lag insofern am nächsten, als die fiducia in ebendieser Weise die Befriedigung des Gläubigers herbeiführte.*)

Ein anderer Weg war der, dass sich der Gläubiger das Recht einräumen liess, im Falle dass der Schuldner nicht innerhalb gesetzter Frist zahlte, die Pfänder zu verkaufen und soviel vom Preise für sich zu behalten, als zu seiner Befriedigung erforderlich war.

Eine dritte Möglichkeit bestand in dem Abschlusse eines Nebenvertrags, durch welchen dem Gläubiger sei es die Nutzung oder der Gebrauch der Sache eingeräumt und dabei vereinbart wurde, dass der vom Gläubiger gezogene Gewinn vom Kapital abgerechnet werde.

Die lex commissoria wurde von Constantin verboten, das pactum de distrahendo entwickelte sich hingegen zu einem natürlichen Bestandteile des Pfandvertrags, und das aus ihm entspringende Recht zu einem natürlichen Bestandteile des Pfandvertragsrechts.*) Weiter ist aber die Entwickelung nicht gegangen; nach wie vor kann ein Pfandvertrag abgeschlossen werden, der dem Gläubiger nur den Besitz oder neben dem Besitz nur ein Gebrauchs- oder Nutzungsrecht**) einräumt. Nur bedarf es hierzu nunmehr eines besonderen pactum de non distrahendo.

Vielleicht ist es hier am Orte, noch einige Worte über dieses pactum hinzuzufügen.

Diese Klausel läuft dem Wesen des Pfandrechts nicht zuwider, denn sie entzieht dem Pfandrecht nichts, was zu seinem Wesen gehört, und ebensowenig widerstrebt sie seinem Zwecke. Sie würde ihm widerstreben, wenn sie dem Gläubiger das Recht entzöge, seine Befriedigung aus dem Pfande herbeizuführen; sie thut dies aber keineswegs. Will der Gläubiger sich aus dem Pfande befriedigen, so braucht er weiter nichts zu thun, als sich einen Zwangsvollstreckungstitel zu verschaffen. Hat er diesen, so kann er, wie aus

*) Sowohl bei der fiducia als beim pignus mit einer lex commissoria verliert der Schuldner sein Eigentum an den Gläubiger als Entgelt für dessen Forderung. Der praktische Unterschied zwischen beiden besteht im wesentlichen nur im Zeitpunkte des Eigentumsüberganges.

**) Vom Standpunkte der Zeit aus, in welcher die Realexecution in einzelne Vermögensstücke aufgekommen war, kann man das pactum de distrahendo als die Klausel bezeichnen, durch welche sich der Schuldner der privaten, auf die Pfandobjekte beschränkten Zwangsvollstreckung unterwirft.

sonstigen Vermögensstücken des Schuldners, so auch aus dem Pfand seine Befriedigung herbeiführen; durch das pactum de non distrahendo wird dem Gläubiger nur die Befugnis abgeschnitten, sich für seine Forderung zu befriedigen, ohne die Mitwirkung der Behörden nachsuchen zu müssen, eine Befugnis, auf deren Einschränkung oder gar Beseitigung die modernen Rechte abzielen. Es folgt hieraus, dass wenn das pactum de non distrahendo in diesen Rechten für nichtig erklärt wird, ein solcher Rechtssatz eine andere Bedeutung hat, als wie er sie im römischen Rechte haben würde.

Mit dem pactum de non distrahendo darf ein solcher Vertrag nicht verwechselt werden, durch den sich der Gläubiger verpflichtet, seine Befriedigung überhaupt nicht aus dem Pfande zu suchen. Ein solcher würde gegen das Wesen des römischen Pfandrechts verstossen, denn von einer Sicherung der Befriedigung des Gläubigers, worin ja das Wesen des Pfandrechts besteht, würde nicht mehr gesprochen werden können, wenn diese Befriedigung ausgeschlossen wäre.*) In einem solchen Vertrage würden die Römer, wie ich glaube, einen Verzicht auf das Pfandrecht erblickt haben.

Eine andere Frage, deren Beantwortung hier angezeigt erscheinen mag, ist die, woher das jus distrahendi dem Gläubiger erwächst.

Für den Fall, dass ein besonderes pactum de vendendo pignore abgeschlossen worden ist, muss nach römischem Recht, wie es uns im Corpus juris civilis entgegentritt, ebendieses pactum als Quelle des Verkaufsrechtes des Gläubigers angesehen werden. Dies bezeugen folgende Stellen:

1. § 1 J. quib. alien. licet vel non (2,8):
   ..... creditor pignus *ex pactione* alienare potest. sed hoc forsitan ideo videtur fieri, *quod* voluntate debitoris intellegitur pignus alienare, qui ab initio contractus *pactus est, ut liceret creditori pignus vendere,* si pecunia non solvatur.

2. l. 6 § 8 D. communi divid. (10,3):
   ..... quod *ex pacto vendere* eam rem creditor potest.

3. l. 4 D. de pign. act. (13,7):
   Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, ... venditio valet.

---

*) Sehr richtig bemerkt Puntschart a. a. O.: „Der Zweck des Pfandverbandes ist Sicherung der Erreichung der Zwecke bezw. des Zweckes einer Obligation. Dieser Zweck ist dem Pfandverband so wesentlich, dass mit Verneinung desselben der römische Pfandbegriff aufgehoben wird.“

4. l. 6 ibidem:
Quamvis *convenerit ut* fundum pigneraticium tibi *vendere liceret,* nihilo magis cogendus es vendere.*)

5. l. 8 § 3 ibidem:
Si acceperim pignus *pactusque sim, ut* ..... *vendere* eam *mihi liceret* ..... competit ei *pacti conventio.***)

6. l. 8 § 4 ibidem:
De vendendo pignore in rem *pactio* concipienda est, ***ut*** omnes contineantur.***)

7. l. 8 § 5 ibidem:
Cum pignus ex pactione venire potest .....

8. l. 42 ibidem:
..... cum in *venditione,* quae fit *ex pacto,*†) .....

9. l. 35 D. de pign. et hypoth. (20,1):
Si insula, quam tibi *ex pacto* convento *licuit vendere,* .....

10. l. 3 D. quae res pignori (20,3):
..... si antiquior creditor de *pignore vendendo* cum debitore *pactum* interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit, huc usque *transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat.* quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per *extraneum* habere potest.††)

11. l. 12 § 10 D. qui potiores (20,4):
Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero *de hypotheca vendenda convenerit,* verius est priorem potiorem esse.. ....†††)

---

*) In dieser Stelle wird ausdrücklich hervorgehoben, dass das pactum de vendendo den Gläubiger zum Verkauf [nicht verpflichtet, sondern nur] berechtigt.

**) : „so steht ihm die Befugnis aus dem Vertrage zu.“ Aus welchem, das zeigen die vorhergehenden Worte.

***) Dieses „ut“ — m. E. ein ut finale — lässt klar erkennen, dass der Jurist die Quelle der Verkaufsbefugnis in der pactio de vendendo erblickt.

†) Wie wir hier sehen, hat die Lesart „ex pacto“ ausser anderen Vorzügen auch den, dass sie einen Sinn ergiebt, dessen Richtigkeit in zahlreichen anderen Gesetzesstellen bestätigt wird.

††) Das im Text stark hervorgehobene „ut“ — ein ut consecutivum — redet klar und deutlich.

†††) Oben haben wir eine ausführliche Interpretation dieser Stelle gegeben, insbesondere auch die Bedeutung des „convenire“ und „nihil convenire“ klargestellt.

12. l. 3 pr. D. de distr. pign. et hypothec. (20,5):
..... *creditor pignus jure conventionis vendidit.* .....

13. l. 14 § 5 D. de diversis temp. praescript. (44,3):
..... si mihi pignori dederis et *convenerit,* nisi pecuniam solvisses, *licere ex pacto pignus vendere* . ....

14. l. 74 (73) D. de furtis (47,2):
Si is, qui pignori rem accepit, cum *de vendendo pignore nihil convenisset, vendidit* ..... *furti se obligat.**)

15. l. 4 C. de act. pig. (4,24):
Pactum vulgare, quod proposuistis, *ut,* si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, *praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret,* non adimit debitori adversus creditorem pigneraticiam actionem.

16. l. 8 C. de distr. pign. (8,27):
..... si (creditor) ..... *legem venditionis exercuit* .....

Aus Grund des angeführten Quellenmaterials kann, wie ich glaube, kein Zweifel mehr darüber bestehen, dass im Falle des Vorliegens eines besonderen pactum de vendendo dieses und nicht das jus pignoris als Quelle des jus distrahendi angesehen werden muss. Es fragt sich nun, woher diese Befugnis im Falle einer pignoris conventio simplex stamme, d. h. eines Pfandvertrages ohne Verkaufs-, aber auch ohne Verkaufsverbotsklausel.

Im Sinne Ulpian's und seiner Zeitgenossen ist es, wenn wir sagen: Auch im Falle eines Pfandvertrages ohne ausdrückliche Verkaufsklausel bildet das pactum de vendendo die Quelle des jus distrahendi, denn dieses pactum wird nicht nur ausdrücklich abgeschlossen, sondern auch stillschweigende Vereinbarung genügt.

Diese rechtliche Konstruktion dürfte aber nicht nur der Anschauungsweise Ulpian's und seiner Zeitgenossen, sondern auch der

---

*) Diese Stelle ist nicht, wie Balduinus — a. a. O. cap. XVIII — und Westphal — a. a. O. S. 302 Anm. 227 — wollen, so zu verstehen, dass der Gläubiger um deswillen furti se obligat, weil er es unterlassen habe, dreimal zu denuntiiren, sondern vielmehr ebenso wie die oben unter Nr. 10 und 11 aufgeführten Stellen: Der Gläubiger besitzt die Verkaufsbefugnis nicht, weil er das „pactum de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere". Daher begeht der Gläubiger einen Diebstahl, wenn er trotzdem verkauft.

So ist die Stelle vom Standpunkt der Kompilatoren aus zu verstehen; Javolenus hat etwas anderes erklären wollen. Zu dessen Zeiten war das jus distrahendi ein accidentale pignoris, damals beging der Gläubiger durch den Pfandverkauf ein furtum, wenn nicht ein ausdrückliches pactum de vendendo abgeschlossen worden war.

Justinian's entsprechen, redet doch Justinian selbst in solchen Fällen, wo wir heutzutage von einem „gesetzlichen“ Pfandrecht sprechen, von „causae in quibus pignus vel hypotheca tacite contrahitur“.*) Diese Ansicht findet ferner in § 1 J. quibus alienare licet (2,8) eine erhebliche Stütze. An jener Stelle seines juristischen Lehrbuches spricht Justinian davon, dass der Gläubiger das Pfand, obwohl es nicht sein Eigentum sei, rechtsgültig veräussern dürfe. Diese eigentümliche Rechtserscheinung, meint er, finde wohl darin ihre Erklärung, dass der Gläubiger das Pfand mit Willen des Schuldners veräussere, der sich ja bei Eingehung des Pfandvertrages damit einverstanden erklärt habe, dass der Gläubiger das Pfand solle verkaufen dürfen. Sodann spricht Justinian davon, dass er in einer Konstitution — hiermit ist l. 3 C. de jure dom. impetr. (8,33) gemeint — Anordnungen getroffen habe, welche es einerseits ermöglichten, dass die Pfandgläubiger ihr Recht ausüben könnten, welche andererseits zugleich dem vorbeugten, dass die Schuldner so leichthin um ihr Eigentum kämen. Er habe einen Verkaufsmodus festgesetzt, der den Interessen beider Parteien vollauf Rechnung trage. Sehen wir uns nun die l. 3 C. de jure dom. impetr. näher an, so finden wir, dass dieser „certus modus“ für die Fälle gilt, in denen kein ausdrückliches pactum de vendendo abgeschlossen worden ist. Hieraus ergiebt sich, dass, wenn Justinian in § 1 J. quib. alien. lic. vom Gläubiger schlechthin sagt, er verkaufe auf Grund des pactum de vendendo, er hiermit erklären will, auch im Falle einer pignoris conventio simplex verkaufe der Gläubiger auf Grund einer solchen Vertragsklausel, nämlich einer stillschweigenden.

Die Behauptung Dernburg's**), das pactum de vendendo könne in keiner Weise mehr als die Quelle des Verkaufsrechtes betrachtet werden, muss nach alledem als widerlegt angesehen werden. Die Gesetzesstellen, auf die er sich bei seiner Behauptung stützt, sind auch nicht im mindesten geeignet, die von uns zum Beweise des Gegenteils angezogenen Quellenzeugnisse zu entkräften.

Dernburg beruft sich auf folgende Stellen:

l. 46 D. de adquir. rer. dom. (41,1),
l. 12 § 10 D. qui potior. (20,4),
l. 5 § 21 D. ut in poss. legat. (36,4),
l. 78 § 4 D. de legatis II,
l. 25 § 14 D. fam. ercisc. (10,2).

---

*) Vgl. D. 20,2 und C. 8,14.

**) Pfandrecht Bd. I S. 90.

Von diesen Stellen ist die zweite oben eingehend behandelt worden, von den anderen bedarf nur eine einzige der Besprechung, die

l. 78 § 4 D. de legatis II, welche lautet:

Si creditor ab eo qui testamentum fecit domum acceptam jure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur.

Wenn man die Worte „jure pignoris“ mit „vendere“ verbinden dürfte oder gar müsste, so würde unsere Stelle von einem „Verkaufen auf Grund des Pfandrechts“ sprechen; allein diese Beziehung würde nicht richtig sein, vielmehr ist „jure pignoris“ auf acceptam zu beziehen. „Jure pignoris accipere“ ist ein technischer Ausdruck, welcher „verpfändet erhalten“, „als Pfand annehmen“ bedeutet. So heisst es in:

l. 1 § 2 D. quae res pignori (20,3):

Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, *jure pignoris accipere* non potest.

In ähnlicher Redewendung heisst es in

l. 8 § 3 D. de pign. act. (13,7):

„Si..... *acceperim pignus*.....“

und in l. 74 D. de furtis (47,2):

„Creditor, qui..... rem *pignori accepit*.“

Auch Dernburg scheint die in Rede stehende Stelle nicht anders als wir zu verstehen, denn sonst würde er sie sicherlich unter denjenigen Gesetzesstellen aufgezählt haben, aus denen zu schliessen wäre, dass die Verkaufsbefugnis aus dem Pfandrecht selbst erwachse und einen Bestandteil desselben bilde. Dernburg nimmt offenbar an, dass, wie auch ganz richtig ist, unsere lex überhaupt nicht von der Quelle des jus distrahendi spricht. Aus diesem Nichterwähnen des pactum de distrahendo zieht er nun aber den unberechtigten Schluss, dass dieses nicht die Quelle der Verkaufsbefugnis bilden könne. Dieser Schluss ist abzuweisen. Wenn der römische Jurist es unerwähnt lässt, woher das Verkaufsrecht dem Gläubiger erwächst, so ist dies ein Zeichen dafür, dass ihn diese Frage an der betreffenden Stelle nicht interessirt. Weitere Schlüsse darf man aus diesem Schweigen nicht ziehen.

Ebensowenig halte ich es für begründet, wenn Bachofen*) erklärt, der gemeine Pfandverkauf werde in den Quellen zuweilen „venditio ex pacto“ genannt und unter „pactum“ sei der Pfand-

*) Das römische Pfandrecht S. 174.

vertrag selbst zu verstehen. Bachofen führt als Beispiele folgende Stellen an:

l. 35 D. de pign. et hypoth. (20,1),
l. 3 pr. D. de distr. pign. (20,5),
l. 8 C. de distr. pign. (20,5).

Mir leuchtet es nicht ein, warum man unter dem „pactum conventum“ der ersten und unter der „conventio“ der zweiten Stelle den Pfandvertrag verstehen muss und nicht vielmehr das pactum de vendendo. Letzteres liegt doch viel näher und findet ausserdem eine Unterstützung an den zahlreichen anderen, zweifelsfreien Stellen, die wir oben kennen gelernt haben. Was die dritte Stelle anlangt, die l. 8 C. de distr. pign., so scheint mir diese überhaupt nicht der Unterstützung, geschweige denn dem Beweise der Ansicht Bachofens dienen zu können.

Eine andere Frage ist es, ob wir noch heutzutage juristisch so konstruiren sollen wie die Römer. Moderner Anschauung wird es mehr entsprechen, wenn wir die Quelle des Verkaufsrechtes des Pfandgläubigers nicht in der ausdrücklich bezw. stillschweigend eingegangenen, von der Rechtsordnung mit Rechtswirkung ausgestatteten Verkaufsklausel erblicken, sondern dieses Verkaufsrecht unmittelbar aus der Rechtsordnung herleiten, wenn wir sagen, geradeso wie beispielsweise im Recht des Käufers aus dem Kaufvertrage von selbst das Recht enthalten ist, wegen aedilizischer Mängel Rückgängigmachung des Kaufgeschäftes oder Preisminderung zu fordern, sofern nicht ausdrücklich etwas Gegenteiliges vereinbart worden ist, so ist im Recht des Gläubigers aus dem Pfandvertrag von selbst die Verkaufsbefugnis enthalten, sodass einem besonderen pactum de vendendo nur die Bedeutung eines Nebenvertrages zukommt, welcher das dispositive, bereits vorhandene Recht des Gläubigers modifizirt.

Uebrigens bleibt es sich gleich, ob man so oder so konstruiren will, da diese Konstruktionen praktische Konsequenzen nicht nach sich ziehen.

Cap. VI.

Schluss.

Vielleicht könnte jemand endlich noch fragen, ob nicht der Satz von der Ungültigkeit des pactum de non distrahendo nach dreifacher Mahnung, wenngleich er auf einem Irrtum über die Bedeutung der l. 4 D. de pign. act. beruht, dennoch durch usuelle Auslegung zum feststehenden Rechtssatz geworden ist. Diese Frage ist zu verneinen. Ich stelle mich hierbei ganz auf den Standpunkt Regelsberger's, welcher*) der falschen usuellen Interpretation nur dann verbindliche Kraft zuschreibt, wenn eine mit der Auslegung übereinstimmende Rechtsanschauung vorhanden ist.

Wer könnte aber wohl behaupten, dass die herrschende Lehre von der Wirkung des pactum de non distrahendo einer Rechtsanschauung entspräche, da man ja, wie wir eingangs dieser Abhandlung gesehen haben, über die Einzelheiten der Lehre selbst der geteiltesten Meinung ist und jeder Zeit gewesen ist!

Es gilt also der Satz:

> Pactum ne creditori liceat pignus vendere valet et, si creditor tamen distraxerit, venditio nulla est.

---

*) Pandekten, Bd. I (1893) S. 97.